Die Grenzen zulässiger Preisunterbietung

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät (Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard Karls-Universität zu
Tübingen

vorgelegt von

Wolfgang Heintzeler
aus Reutlingen

Carl Heymanns Verlag

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Referent:
Staatsrat Prof. Dr. Max v. Rümelin
Tübingen

Tag der mündlichen Prüfung:
16. Juni 1931

Gedruckt bei Julius Sittenfeld, Berlin W 8

Inhaltsübersicht

Einleitung

Seite

§ 1. Grundlegung und Übersicht über die Gesichtspunkte, die als Schranken der Preisunterbietung in Betracht kommen 1

Erster Abschnitt

§ 2. Der privatrechtliche Gehalt des Prinzips der Gewerbefreiheit und seine Bedeutung für die Frage der Preisunterbietung 4

Zweiter Abschnitt

§ 3. Das „Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" als Schranke der Zulässigkeit von Preisunterbietungen? 13

Dritter Abschnitt

§ 4. Preisunterbietung und Kartellverordnung 21

Vierter Abschnitt

Preisunterbietung als Verstoß gegen die guten Sitten 24

A. Die guten Sitten 24

§ 5. Der Begriff der guten Sitten 24
§ 6. Die sittenwidrige Handlung im einzelnen 29
§ 7. Inwieweit beruht die Feststellung eines Sittenverstoßes auf kognitivem Denken, inwieweit auf Eigenwertung? 35

B. Die verschiedenen Fälle 39

Erste Abteilung

§ 8. Selbständige sittenwidrige Tatbestände, welche die Preisunterbietung ermöglichen oder in Verbindung mit ihr treten 41

I. Preisunterbietung in Verbindung mit Vertragsuntreue 41
II. Preisunterbietung, die ermöglicht ist durch gesetzwidrige Handlungen 45
III. Ausbeutung fremder Arbeitsleistung 47
IV. Persönliche Reklame und Täuschung des Publikums 47
V. Unzulässige Bindung durch Treurabatte 47

Zweite Abteilung

Die Sittenwidrigkeit abgesehen von solchen Tatbeständen . . . 49

Erstes Kapitel

§ 9. Der Gesichtspunkt der Existenzvernichtung 49

Zweites Kapitel

Seite

§ 10. Die Ausnützung einer wirtschaftlichen Machtstellung 54

Drittes Kapitel

§ 11. Leistungs- und Behinderungswettbewerb 58

Viertes Kapitel

Leistung unter Selbstkosten 61

§ 12. Übersicht über die Stellungnahme in Literatur und Praxis 61
§ 13. Preisunterbietung ohne Unterschreitung der Selbstkosten 68
§ 14. Der Begriff der Selbstkosten 71

A. Die Selbstkosten bei der Produktion 72
B. Die Selbstkosten beim Handel 80

§ 15. Die Einzelfälle der Leistung unter Selbstkosten 81
§ 16. Die praktische Durchführung 95

A. Beweisfragen 95
B. Der Klagantrag und die Urteilsformel bei der Unterlassungsklage 99

Fünftes Kapitel

§ 17. Preisunterbietung als Mittel des äußeren Organisationszwangs 101

Literaturverzeichnis 107

Einleitung

§ 1

Grundlegung und Übersicht über die Gesichtspunkte, die als Schranken der Preisunterbietung in Betracht kommen

Die Frage, inwieweit Preisunterbieten im gewerblichen Leben unzulässig ist, ist eine Frage des Wirtschaftsrechts; ihre Behandlung ist daher abhängig von den Grundlagen, auf denen das Wirtschaftsrecht beruht, und hat an diese anzuknüpfen.

Die Grundlagen des heute geltenden Wirtschaftsrechts wurden geschaffen in der Zeit des Liberalismus, in der der Staat sich vom Wirtschaftsleben zurückzog, um seine Gestaltung dem freien Spiel der Kräfte zu überlassen. Durch die Einführung der Gewerbefreiheit wurde der Schwerpunkt des Wirtschaftslebens verlegt in das vom Prinzip der (schuldrechtlichen) Vertragsfreiheit beherrschte Privatrecht. Die Vertragsfreiheit hat deshalb auch Ausgangspunkt vorliegender Untersuchung zu sein; denn Preisunterbieten bedeutet: das Bemühen, einen oder mehrere Leistungs v e r t r ä g e dadurch zustande zu bringen, daß man die Gegenleistung niedriger bemißt als ein anderer, der dieselbe oder eine ähnliche Leistung zu erbringen bestrebt ist. Da der Vertragsfreiheit hinsichtlich der Preisvereinbarung durch positive Gesetzesvorschrift zwar in den Bestimmungen über den Wucher eine Schranke nach oben gesetzt ist, nicht aber — etwa im Weg eines Verbots der Preisschleuderei — nach unten, so erscheint die Preisunterbietung durch das Prinzip der Vertragsfreiheit schlechtweg für zulässig erklärt zu sein.

Nachdem in der Gewerbegesetzgebung des 19. Jahrhunderts die Gewerbefreiheit in weitestem Umfang verwirklicht worden war, hat unter dem Einfluß veränderter Verhältnisse und veränderter Lebensanschauungen eine rückläufige Bewegung eingesetzt, die am klarsten in der deutschen Arbeitsgesetzgebung zutage tritt, die allmählich Vertragsfreiheit und freie Konkurrenz als beherrschende Prinzipien zurückgedrängt hat. In die Freiheit der Preisstellung privater Unternehmen hat jedoch der Gesetzgeber, von den Kriegs- und Inflationsnormen abgesehen, und mit Aus-

nahme der Kartellverordnung von 1924 sowie der sog. neuen Kartellverordnung von 1930[1]) durch ausdrückliche Bestimmungen nicht eingegriffen.

Umsomehr umstritten wurde die Frage unzulässiger Preisunterbietung in Wissenschaft und Judikatur. Wenn früher der Liberalismus die Preisunterbietung schlechtweg billigte und als Symbol des wirtschaftlichen Fortschritts begrüßte, so geschah das mit Recht, war sie doch ein Ausdruck für die Verwirklichung des ökonomischen Prinzips: einen gleichen oder größeren Erfolg mit geringerem Aufwand zu erreichen. Allein wie auf dem Gebiet der Arbeitsverhältnisse, so hat auch auf dem Gebiet der freien Preisgestaltung die Gewerbefreiheit bald zu Erscheinungen geführt, die nicht allseitig gebilligt wurden. Dies hängt zusammen mit der wohl unter dem Einfluß veränderter ökonomischer Bedingungen sich anbahnenden Umorganisation der Wirtschaft, die sich in einer Konzentration der Unternehmen und in einem Streben nach Ausschluß der freien Konkurrenz durch vertragliche Abmachungen äußerte. Hinsichtlich der Preisunterbietung zeigten sich bei dieser Umorganisation hauptsächlich zwei bedenkliche Erscheinungen: einmal die Preisunterbietung überlegener, auf Monopolgewinne ausgehender, kapitalstarker Verbände als Mittel des Organisationszwangs gegenüber volkswirtschaftlich gleich leistungsfähigen Außenseitern, und ferner der Vernichtungskampf von Konkurrenten vermittels Preisschleuderns im Interesse der Machterweiterung. Diese Erscheinungen waren zwar aus der vom Liberalismus geschaffenen Ordnung des Wirtschaftslebens heraus entstanden, aber in ihren Auswirkungen konträr entgegengesetzt den Zielen des Liberalismus, der darauf ausging, durch freies Spiel der Kräfte die Produktivität menschlichen Tuns zu steigern und damit das Gemeinwohl zu fördern. So wurden selbst von liberaler Seite Bedenken gegen die erwähnten Erscheinungen laut.

Je erbitterter der Wirtschaftskampf aus Gründen vitaler Notwendigkeit und aus Motiven des Machtwillens wurde, desto lebhafter wurde das Verlangen der rücksichtslos Niedergekämpften nach gerichtlicher Hilfe. Konkrete Einzelnormen hinsichtlich der Preisstellung fehlten und wurden auch durch die Legislative nicht geschaffen. Der Sache nach war der Richter in diesen Fällen Gesetzgeber für den Einzelfall. Es handelte sich ja auch zum Teil um völlig neue Lebenserscheinungen, auf die nicht im Wege logischer Deduktion das einer früheren Zeit angehörige Recht handwerksmäßig angewandt werden konnte.

---

[1]) Fünfter Abschnitt der Notverordnung vom 26. Juli 1930, betreffend Verhütung unwirtschaftlicher Preisbindungen; auf Grund der darin ausgesprochenen Ermächtigung ist ergangen die Verordnung des Reichswirtschaftsministers vom 16. Januar 1931 über Preisbindungen bei Markenwaren.

Zwei Schwierigkeiten sind es vor allem, die dem Richter bei dieser Sachlage entgegentreten: er muß sich die Bedeutung der von ihm im Einzelfall gefundenen Wertung als genereller Norm klarmachen, und er findet dabei, daß diese Bedeutung teilweise eine tiefgreifende ist; allein selbst bei Klarheit über das Ziel vermag er vielfach die volle Tragweite einer Norm nicht zu erkennen, da unser Wissen von den Gesetzen des Wirtschaftslebens (im kausalen Sinn) nur lückenhaft und vielfach unklar ist.

Die zweite und wohl größere Schwierigkeit ist die Unklarheit des Ziels selbst: wir leben in einer Zeit tiefgreifender Umbildung der Wirtschaftsorganisation, und eine Vielzahl vielfach konträrer Anschauungen existiert darüber, ob und wie diese Umbildung beeinflußt und geleitet werden soll. Es braucht hier nur an den Gegensatz des Liberalismus, der die Grundlage unseres Wirtschaftsrechts geschaffen hat, zum Sozialismus erinnert zu werden, der bereits weitgehend unser Wirtschaftsleben in die Bahn der Planwirtschaft im Sinne Sombarts[2]) gelenkt hat. Verschiedene Wertungstendenzen gibt es wohl in jeder Rechtsgemeinschaft, aber meist und vollends in grundlegenden Fragen wird auf dem dafür vorgesehenen Weg (Gesetzgebung) in der Form des Kompromisses die Diagonale des Parallelogramms der geistigen Kräfte als Direktive für das Gemeinschaftsleben gesucht und gefunden. In Fragen der Wirtschaftsorganisation ist weitgehend kein solcher Kompromiß gelungen. Zwar erweckt der fünfte Abschnitt des zweiten Hauptteils der neuen Reichsverfassung den Anschein, als sei hier die Diagonale festgelegt. In der Tat ist, wie sich im Verlauf der Untersuchung ergeben wird, aus den Artikeln der Reichsverfassung auch manches abzuleiten; weitgehend aber ist die Einigung auch nur formell, wie sich z. B. aus der Existenz des Art. 164 ergibt, der von der Förderung und vom Schutz des selbständigen Mittelstands handelt, dessen Verhältnis zu den übrigen Grundnormen, insbesondere zu Art. 151 III, aber völlig ungeklärt ist. Selbst einer der politischen Vorkämpfer des Mittelstandes hat den Art. 164 „im Grunde als eine Erinnerung an die alte Zeit" bezeichnet[3]).

Gewisse Leitsätze hat die Rechtsprechung in den gesetzlich nicht geregelten Fragen des Wirtschaftsrechts allmählich herausgebildet, die aber unsicher und nicht immer stichhaltig sind. Die Entwicklung ist nichts weniger als abgeschlossen. Darum wird eine Behandlung dieser Fragen zunächst wohl auch nur in dem Sinn von Wert sein, daß die Bedeutung der prinzipiellen Lebenseinstellung gerade für die Stellungnahme zum Wirtschaftsrecht geklärt und so der Problemlösung durch Schlagworte entgegen-

[2]) Vgl. Sombart, Geschichte des modernen Kapitalismus, Bd. 3 S. 1014 ff.

[3]) Vgl. Nipperdey, Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Art. 164, kommentiert von Bredt.

gewirkt wird. Wenn z. B. in einem Urteil des OLG. Düsseldorf vom 25. Juli 1929[4]), auf das wiederholt zurückgegriffen werden wird, in der Begründung von dem „selbständigen, in seiner Existenz als solcher durch die Gesetze geschützten Kaufmann" die Rede ist, so kann dieser Wendung kein größerer Wert als der eines Schlagworts zugesprochen werden.

Es soll nunmehr im folgenden der gegenwärtige Rechtszustand dargestellt und kritisch betrachtet werden. Ausgangspunkt ist, wie schon erwähnt, das Prinzip der Vertragsfreiheit, dessen Beschränkung hinsichtlich der Preisunterbietung durch Normen objektiven Rechts zu untersuchen ist. Selbstverständlich sind dabei die Blankettnormen des Privatrechts (§§ 138, 826 BGB., 1 UWG.) weitgehend zu berücksichtigen; da diese Normen aber infolge der Verweisung auf die guten Sitten gerade keinen konkretisierten Inhalt haben, so soll zunächst untersucht werden, ob nicht noch andere Normen konkreteren Inhalts in Betracht zu ziehen sind.

Dabei kommen, abgesehen von den Blankettbestimmungen des Privatrechts, drei Gesichtspunkte in Frage. Hieraus ergibt sich folgender Gang der Betrachtung: Es soll zunächst im ersten Abschnitt untersucht werden, ob aus dem in § 1 GewO., Art. 151 RV. festgelegten Prinzip der Gewerbefreiheit eine privatrechtliche Schranke der Preisunterbietung abgeleitet werden kann. Sodann wird im zweiten Abschnitt die Frage zu behandeln sein, ob die in der Rechtsprechung über das „Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" ausgebildeten Normen auch Tatbestände der Preisunterbietung ergreifen; und im dritten Abschnitt soll auf die Bedeutung der Kartellverordnung von 1924 für das behandelte Problem eingegangen werden. Den Hauptteil der Untersuchung bildet sodann der vierte Abschnitt, in dem die Möglichkeit von Preisunterbietungen, die gegen die guten Sitten verstoßen, geprüft werden wird.

---

[4]) Abgedruckt in GRUR. 1929 S. 1368; KartRundsch. 1930 S. 253; Nipperdey, Wettbewerb und Existenzvernichtung, Anhang.

Erster Abschnitt

§ 2

Der privatrechtliche Gehalt des Prinzips der Gewerbefreiheit und seine Bedeutung für die Frage der Preisunterbietung

Das Prinzip der Gewerbefreiheit ist grundlegend in § 1 GewO. und Art. 151 III RV. ausgedrückt. Daß diesen Bestimmungen eine rechtliche Bedeutung für das Verhältnis von Einzelmensch und Obrigkeit zukommt, ist unbestritten. Die Bestimmungen besagen in dieser Beziehung, daß der Staat die Freiheit des einzelnen hinsichtlich gewerblicher Tätigkeit grundsätzlich nicht beschränken will[1]). Laband[2]) definiert diese öffentlich-rechtliche Bedeutung der Gewerbefreiheit folgendermaßen: „Gewerbefreiheit ist überhaupt kein Begriff von positivem Rechtsinhalt . . ., sondern die Negation gesetzlicher Beschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit in bezug auf die gewerbliche Tätigkeit[3])."

Ob darüber hinaus dem Prinzip der Gewerbefreiheit auch eine privatrechtliche Norm abzugewinnen ist, ist bestritten. Die Frage wird von der herrschenden Lehre verneint, und auf den Standpunkt der herrschenden Lehre hat sich in neuerer Zeit der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich in einem Urteil vom 29. Juli 1925 (vgl. RGE. 112, 21) gestellt.

Die gegenteilige Meinung beruft sich für ihren Standpunkt auf verschiedenerlei Gesichtspunkte. Es wird zunächst die Ansicht vertreten, daß die durch § 1 GewO. dem Einzelsubjekt gewährte Rechtsstellung unter den in § 823 I BGB. genannten Begriff der Freiheit falle. Gegen diese Ansicht wird vorwiegend geltend ge-

---

[1]) Auf die Streitfrage, ob sich der Schutz dieser Norm nur auf die Zulassung oder auch auf die Ausübung gewerblicher Tätigkeit bezieht, braucht im Rahmen einer privatrechtlichen Arbeit nicht eingegangen zu werden.

[2]) Vgl. Laband, Staatsrecht des Deutschen Reichs, Bd. 3 S. 207 Anm. 1.

[3]) Ähnlich lautet die Definition von Köttgen im HandWB. d. StW., Artikel: „Gewerbegesetzgebung", wo die öffentlich-rechtliche Bedeutung der Gewerbefreiheit als die einer Vermutung gekennzeichnet wird.

macht[4]), daß dieses Recht freier gewerblicher Betätigung dauernd mit demselben Recht anderer Einzelsubjekte kollidiere; fast jeder Akt gewerblicher Tätigkeit sei irgendwie eine Behinderung anderer Gewerbetreibender, so daß keinesfalls jede nachteilige Beeinflussung der gewerblichen Tätigkeit anderer rechtswidrig sein könne; das in § 823 I BGB. verlangte Erfordernis der Widerrechtlichkeit könne daher nur aus den Normen des § 826 BGB. und § 1 UWG. entnommen werden. Aus diesen einleuchtenden Bedenken ergibt sich, daß die Abgrenzung der Tätigkeitsbereiche von Gewerbetreibenden jedenfalls der Sache nach nicht anders als durch ein Zurückgreifen auf die guten Sitten erfolgen kann[5]). Es braucht deshalb an dieser Stelle nicht weiter auf die erwähnte Ansicht über die Bedeutung der Freiheit in § 823 I BGB. eingegangen zu werden; denn dieselben Erwägungen, die hier zur Klarstellung des Begriffs der Widerrechtlichkeit gemacht werden müssen, werden ausführlich im vierten Abschnitt dieser Arbeit angestellt.

Dieselben wie die genannten Bedenken stellen sich der Ansicht entgegen, die den § 1 GewO. als ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 II BGB. ansieht. Zweifellos ist weder aus § 1 GewO. noch aus Art. 151 RV. irgendwie konkret zu entnehmen, wie der einzelne geschützt werden soll. Eben wegen der Verflochtenheit und der Wechselwirkung der gewerblichen Tätigkeit der einzelnen kann der einzelne unmöglich gegen jede nachteilige Beeinflussung eines anderen geschützt sein. Auch hier wäre wohl der Begriff der Sittenwidrigkeit kaum zu entbehren[6]).

Nicht ohne weiteres abzulehnen und im folgenden des näheren zu untersuchen ist dagegen die Auffassung, daß in § 1 GewO. eine allgemeine, auch für das Privatrecht maßgebende Wertung enthalten sei, die sich aus dem mit der Einführung der Gewerbefreiheit verfolgten Zweck ergebe. Zweifellos setzte man ja bei der Schaffung der Gewerbeordnung voraus, daß durch die Einführung der Gewerbefreiheit die freie Konkurrenz und damit verbunden die größtmögliche Steigerung der Produktivität der Arbeit bewirkt werde. Man könnte also daran denken, aus § 1 GewO. eine

---

[4]) Vgl. RGRKomm. Anm. 7 zu § 823; Planck, Komm. z. § 823 S. 1718; RGE. 100, 214.

[5]) Genau dieselben Bedenken sprechen auch gegen die Annahme eines Persönlichkeitsrechts auf ungehinderte Arbeit oder freie Erwerbstätigkeit als „sonstiges Recht" im Sinn des § 823 I BGB. RGE. 51, 372; 56, 275 führen hierzu treffend aus, daß die Begrenzung des § 823 I BGB. völlig unsicher würde, wollte man ein derartiges Persönlichkeitsrecht annehmen.

[6]) Insoweit nachteilige Einwirkungen des Gewerbebetriebs des einen auf den andern unabhängig von der Sittenwidrigkeit verboten sein sollen, hat das Reichsgericht, zum Teil unter Bezugnahme auf § 1 GewO., konkrete Normen herausgearbeitet; vgl. hierüber den zweiten Abschnitt.

Verbotsnorm etwa des Inhalts herauszulesen: alle Maßnahmen zu unterlassen, die das freie Spiel der Kräfte im Wirtschaftsleben beengen oder einschränken[7]). Zahlreiche Beispiele dafür, daß der Gewerbefreiheit die Bedeutung eines allgemeinen Prinzips auch des Privatrechts gelegentlich zugesprochen wird, finden sich in der kartellrechtlichen Literatur[8]), in der besonders von seiten der Kartellgegner häufig die eine oder andere Maßnahme eines Kartells als „dem Prinzip der Gewerbefreiheit zuwiderlaufend" bezeichnet wird. Daß aber der privatrechtliche Gehalt, sofern man einen solchen annimmt, nicht leicht auf eine glatte Formel zu bringen ist, zeigt sich deutlich gerade auf dem Gebiet des Kartellrechts, wo die Klarstellung des Verhältnisses der Gewerbefreiheit zu der mit ihr kollidierenden Vertragsfreiheit Schwierigkeiten bereitet.

Zur Entscheidung der Frage, inwieweit das Prinzip der Gewerbefreiheit privatrechtliche Bedeutung hat, muß einerseits auf den Ursprung und die Geschichte des Begriffs eingegangen werden, andererseits auf die ökonomischen Bedingungen, aus denen heraus er erwachsen ist.

I. Ursprung und Geschichte des Begriffs der Gewerbefreiheit

Die Forderung nach Gewerbefreiheit ist als Programmsatz entstanden im Kampf gegen die Zünfte und Gilden; ihr Charakter möge zunächst kurz untersucht werden. Die Zünfte und Gilden entstanden aus ursprünglich losen Vereinigungen der städtischen Handwerker- und Kaufmannsstände, die eine gewisse Machtstellung rein tatsächlicher Art dadurch erlangten, daß die Nachfrage nach gewerblichen Produkten das Angebot relativ überwog. Diese Machtstellung suchten sie sich mit dem Anwachsen der Konkurrenz durch eine weitgehende Beseitigung der Konkurrenz zu erhalten. Da die Zünfte im Ständestaat vermöge ihrer wirtschaftlichen Bedeutung auch eine große politische Bedeutung erlangten und in den Städten sich zu einem in jeder Beziehung beherrschenden Faktor des öffentlichen Lebens entwickelten, so tragen die Maßnahmen der Zünfte zur Erhaltung ihrer wirtschaftlichen Machtstellung öffentlich-rechtliches Gepräge. In der Zeit der höchsten Blüte stellen sich so die Zünfte dar als Selbstverwaltungskörper, die mit Hoheitsgewalt ausgestattet und vermöge dieser Hoheitsgewalt autonom, mit eigener Verwaltung und teilweise sogar mit Gerichtsbarkeit versehen sind, und deren vorwiegendes Aufgabengebiet die ausschließliche Regelung des Wirtschaftslebens

---

[7]) So daß hier auch § 134 BGB. heranzuziehen wäre.

[8]) Aber auch in der sonstigen Literatur; vgl. Lobe, Unlauterer Wettbewerb, S. 61.

war. Die Ausschließlichkeit der tatsächlichen und rechtlichen Regelung des Wirtschaftslebens seitens der Zünfte wurde erreicht durch den Zunftzwang, der die Zunftangehörigkeit zur Voraussetzung gewerblicher Tätigkeit und der Teilnahme an der Regelung des gewerblichen Lebens machte. Innerhalb der Zunft wurde die Stellung des einzelnen durch Ausscheidung der Konkurrenz vermittelst der Einführung von Zwangs- und Bannrechten und sonstigen Maßnahmen, wie Preistaxen, sichergestellt.

Der Vorteil dieser Regelung des Wirtschaftslebens ist klar; es ist derselbe, den die Vertreter der Planwirtschaft in heutiger Zeit sich von der Verwirklichung ihres Programms versprechen, nämlich eine durch Konjunkturschwankungen und Existenzkämpfe nicht gefährdete, gleichmäßige Bedarfsdeckung.

Die Gefahren eines solchen Systems liegen ebenfalls auf der Hand und sind auch tatsächlich im Verlauf der Geschichte in Erscheinung getreten. Die Zünfte mißbrauchten später ihre Monopolstellung zu einem schrankenlosen Protektionismus, und auch die Qualität der gewerblichen Erzeugnisse hatte bald unter dem Mangel jeglicher Konkurrenz zu leiden; denn fortschrittliche Gesinnung fand mangels äußeren Anreizes keinen Boden.

Den Kampf gegen diese aus dem Mittelalter überkommene, entartete Wirtschaftsorganisation nahmen in ersten Linie zwei Mächte auf, allerdings von grundverschiedenen Motiven getragen. Die eine von diesen ist der Staat; zwar nicht das Reich, denn ihm fehlten die Machtmittel, um tatkräftig und überall Abhilfe zu schaffen; wohl aber wurde der Kampf von den erstarkenden und auf den Absolutismus hin tendierenden Landesregierungen zwecks Zentralisierung der Staatsgewalt geführt. Die andere Macht im Kampf gegen die Zünfte war die liberale Geistesrichtung der Aufklärung, die in bezug auf Wirtschaftsprobleme vor allem an die Gedanken Adam Smiths anknüpfte. Die Männer der Aufklärung waren es, die unter dem Schlagwort der Gewerbefreiheit ein dem bisherigen Wirtschaftssystem völlig entgegengesetztes System propagierten, sie waren es, die als Ziel des Kampfes, der zunächst nur negativ auf Abschaffung der Monopolrechte der Zünfte gerichtet war, auch ein positives aufstellten: es sollte im wirtschaftlichen Leben das freie Spiel der Kräfte und damit eine größtmögliche Steigerung der ökonomischen Leistungsfähigkeit und dadurch letzten Endes die volle Harmonie der Lebensordnung erreicht werden. Daß im Begriff der Gewerbefreiheit jedenfalls ursprünglich nicht nur ein negativer, gegen mittelalterliche Wirtschaftsformen gerichteter Kern steckt, sondern daß er zugleich positiv den liberalen Ideengehalt der Aufklärungszeit in sich aufgenommen hat, erhellt aus der Tatsache, daß das Prinzip der Gewerbefreiheit erstmals während der französischen Revolution im Jahre 1791 verwirklicht wurde. Von Frankreich aus gelangte

das Prinzip zur Aufnahme in die Stein-Hardenbergischen Reformen und auf dem Weg über Preußen und den Norddeutschen Bund zur Aufnahme in die Reichsgewerbeordnung.

Das Mittel, dessen sich der Staat — insoweit im Bunde mit den Strömungen des Liberalismus — zur Verwirklichung sowohl des negativen wie des positiven Ziels zu bedienen hatte, war die Aufhebung der öffentlich-rechtlichen Beschränkungen des Wirtschaftslebens. Die einzigen nennenswerten marktbeeinflussenden Organisationen waren die öffentlich-rechtlich fundierten mittelalterlichen Verbände, privatrechtlich fundierte Monopole bestanden nicht; darum genügte zunächst eine Norm mit dem Wortlaut des § 1 der GewO., die nur das Verhältnis von Obrigkeit und Einzelmensch zu regeln scheint, um im Wirtschaftsleben das freie Spiel der Kräfte zu gewährleisten.

Die Wirksamkeit des Prinzips der freien Konkurrenz wird gefährdet mit dem Aufkommen der mit den Mitteln des Privatrechts geschaffenen Kartelle, die — jedenfalls in Deutschland — zu einer hervorstechenden Erscheinung erst später werden, als gesetzgeberisch das Prinzip der Gewerbefreiheit bereits in der beschränkten Fassung des § 1 GewO. sanktioniert worden war. Die Rechtswissenschaft stand daher gegenüber den Kartellen vor einer zweifelhaften Frage. Sie konnte vom Wortlaut des § 1 GewO. ausgehen und die privatrechtliche Bedeutung der Gewerbefreiheit verneinen. Oder aber sie erkannte die historische Bedingtheit dieser Norm und sah sie als unvollkommenen Ausdruck der Sanktion eines Wirtschaftssystems an, das nach dem Willen des Gesetzgebers auch nicht mit Mitteln des Privatrechts gefährdet werden sollte. Die Rechtsprechung hat in Deutschland den ersteren Weg beschritten[9]), und selbst wenn man diese Entscheidung als

[9]) Allerdings nicht von vornherein; in der RGE. 38, 155 (vom 4. Februar 1897) wird ausgeführt: „Nur dann können Verträge der in Rede stehenden Art vom Standpunkt des durch die Gewerbefreiheit geschützten allgemeinen Interesses beanstandet werden, wenn sich im einzelnen Fall aus besonderen Umständen Bedenken ergeben, namentlich wenn es ersichtlich auf die Herbeiführung eines Monopols und auf die wucherische Ausbeutung der Konsumenten abgesehen ist oder diese Folge doch durch die getroffenen Vereinbarungen und Einrichtungen tatsächlich herbeigeführt werden." Allein bald wurde der Charakter der Gewerbefreiheit als unmittelbarer Norm des Privatrechts geleugnet und statt dessen geprüft, ob ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliege. Daß dabei die sachlichen Gesichtspunkte dieselben geblieben sind, ergibt — was hier vorweggenommen werden mag — eine Gegenüberstellung von RGE. 38, 155 mit RGE. 118, 91; in letzterer Entscheidung heißt es: „Das Anstreben einer Monopolstellung ist an sich nicht rechtswidrig, solange erlaubte Kampfmittel benutzt werden und die Zwecke des Monopols nicht gegen die guten Sitten verstoßen." Vgl. hierüber Eger, „Das Reichsgericht und die Kartelle", in „Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben", Bd. 4, hrsg. von Schreiber.

dem Gesetz widersprechend ansehen sollte, so kann heute an der grundsätzlichen Zulässigkeit von marktbeeinflussenden Verbänden kein Zweifel mehr sein, nachdem in der steten Entwicklung der Rechtsprechung über die Kartelle auf jeden Fall eine gewohnheitsrechtliche Anerkennung derselben zu erblicken ist, die zudem in der Kartellverordnung von 1924 ihre gesetzliche Bestätigung gefunden hat. Der Grund für diese Entwicklung wird aus einer kurzen Betrachtung der ökonomischen Bedingungen der Wirtschaftsorganisation hervorgehen.

II. Die volkswirtschaftlichen Bedingungen der Wirtschaftsorganisation[10])

Im Verlaufe der Entwicklung des Wirtschaftslebens, die der eben geschilderten Entwicklung des Wirtschaftsrechts parallel geht, zeigt sich, daß das Streben nach Marktregelung und Marktbeeinflussung keine zufällig, gelegentlich auftauchende Tendenz darstellt, sondern wesentlich zusammenhängt mit dem Verhältnis, in dem die Bedürfnisse einer Volkswirtschaft zu den Möglichkeiten der Bedarfsdeckung stehen. Überwiegt die Nachfrage nach gewerblichen Produkten das Angebot, so ist für die Produzierenden eine Machtstellung tatsächlicher Art gegeben; gleichzeitig ist die freie Konkurrenz das beste Mittel, um die nicht voll zu erreichende Bedarfsdeckung in möglichst weitem Ausmaß zu erzielen. Dies ist der Zustand in der Zeit, in die das Aufkommen des Handwerks fällt. Sowie das Verhältnis von Angebot und Nachfrage in das Gegenteil umschlägt und das Angebot überwiegt, besteht die Gefahr, daß bei freier Konkurrenz ein Vernichtungskampf einsetzt, der in seinen letzten Auswirkungen keine Förderung, sondern eine Schädigung des Gemeinwohls bringt — eine Gefahr, der nur durch Marktregelung begegnet werden kann. Aus einem solchen Umschwung erklärt sich die Entwicklung der Zünfte zu monopolistischen Organisationen. Ein zweiter Umschlag des Verhältnisses von Angebot und Nachfrage mit Überwiegen der Nachfrage (oder jedenfalls mit Nichtüberwiegen des Angebots) fällt zusammen mit der ersten Zeit der Gewerbefreiheit, wobei der Jurist sich darüber ein Urteil nicht erlauben darf, ob die freiheitliche Ordnung des Wirtschaftslebens Ursache oder Auswirkung der veränderten Wirtschaftslage ist. Wahrscheinlich wird ja wohl eine Wechselwirkung stattgefunden haben. Tatsache ist jedenfalls, daß bis zum Ende des 19. Jahrhunderts ein Überwiegen des Angebots über die Nachfrage nicht vorlag, so daß sich mühelos erklärt, warum ein Bedürfnis nach marktbeeinflussenden Gebilden nicht bestand. Dies ändert sich gegen Ende des 19. Jahrhunderts, als

[10]) Die folgenden Ausführungen sind im wesentlichen entnommen dem Werk von Lehnich, Kartelle und Staat.

die Wirtschaft weitgehend in ein Stadium der Überproduktion tritt und der Konkurrenzkampf mit einer Schärfe geführt wird, die für die Volkswirtschaft schädlich ist.

Daraus geht hervor, daß die Kartelle, die die Wirksamkeit der freien Konkurrenz seit der Jahrhundertwende gefährden, keine willkürlichen Schöpfungen sind, sondern gewissen Lebensbedürfnissen entsprangen, die zu der Zeit noch nicht vorhanden waren, als die Gewerbefreiheit gesetzlich sanktioniert wurde.

III. Zusammenfassung

Eine Zusammenfassung der historischen und volkswirtschaftlichen Betrachtung ergibt, daß die Bestimmungen über die Gewerbefreiheit sich zwar ausdrücklich nur gegen bestimmte Formen von Monopolen, nämlich gegen solche öffentlich-rechtlicher Natur richten, aber doch wohl nur deshalb, weil zur Zeit der Schaffung dieser Normen weder andere Monopolgebilde vorhanden waren noch ein Bedürfnis für sie bestand. Maßnahmen des Gesetzgebers richten sich im allgemeinen gegen tatsächliche Lebenserscheinungen und nicht gegen eine bestimmte rechtliche Fundierung derselben, zumal es häufig eine zufällige, am Wesen der Sache nichts ändernde Frage ist, ob eine bestimmte Erscheinung öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich fundiert ist. Die direkte Linie, die von der Aufklärung zum § 1 GewO. führt, spricht darum tatsächlich dafür, daß man bei der Schaffung des § 1 GewO. das Prinzip der freien Konkurrenz sanktionieren und nicht nur öffentlich-rechtliche Bindungen des Wirtschaftslebens ausschließen wollte[11]).

Wenn nun bald nach der Normierung des Prinzips der freien Konkurrenz in der Rechtsprechung über die Kartelle dieses Prinzip tatsächlich einschneidend durchbrochen wurde, so ist das nicht ohne weiteres zu mißbilligen. Denn wie gezeigt erwuchsen die Kartelle aus veränderten Tatsachen des Wirtschaftslebens, die der Gesetzgeber nicht vorausgesehen hat, und die vom alten Standpunkt aus zu behandeln eine Vergewaltigung des Lebens gewesen wäre. Die als notwendig erkannte Durchbrechung des Prinzips der Ge-

---

[11]) Eine eingehende Begründung der auch hier vertretenen Auffassung gibt Kestner-Lehnich, Organisationszwang, S. 197 ff., wo unter Berufung auf die Entstehungsgeschichte der GewO., insbes. der §§ 7 u. 8 GewO., dargetan ist, daß dem Gesetzgeber ein Verbot auch der Privatmonopole vorgeschwebt habe. Daß die GewO. nur ein Ausdruck einer über den Wortlaut des Gesetzes hinausgehenden Rechtsidee ist, geht auch daraus hervor, daß die GewO. nur für die stoffveredelnde Produktion und für den Handel gilt, nicht aber für die Urproduktion und die liberalen Berufe, während das UWG. alle diese Zweige menschlicher Tätigkeit erfaßt und doch zweifellos das Prinzip der Gewerbefreiheit voraussetzt.

werbefreiheit sollte irgendwie aus dem Gesetz gerechtfertigt werden, und man tat dies, indem man der Gewerbefreiheit eine Bedeutung nur mehr für das Verhältnis von Individuum und Staat zusprach, also gewissermaßen das Kind mit dem Bad ausschüttete. Denn es ist klar, daß auch bei grundsätzlicher Anerkennung der Kartelle aus dem Ideengehalt des Begriffs der Gewerbefreiheit noch Wertungen für das Privatrecht abgleitet werden können, insbesondere zur Bekämpfung der Auswüchse des Kartellwesens. Tatsächlich sind diese Wertungen auch von der Rechtsprechung verwandt worden: wenn Auswüchse des Kartellwesens vermittelst der Normen der §§ 826 BGB., 1 UWG. bekämpft werden, so ist dies der Sache nach nichts anderes als eine Korrektur der These, daß die Gewerbefreiheit keine privatrechtliche Bedeutung habe[12]).

Es ergibt sich somit, daß das Prinzip der Gewerbefreiheit in Wirtschaft und Recht heute nicht mehr schrankenlos durchgeführt ist, so daß eine allgemeine, klar faßbare Norm aus § 1 GewO. und Art. 151 RV. nicht abzuleiten ist. Allein die Ideen, die sich ursprünglich mit dem Begriff der Gewerbefreiheit verbanden, sind keineswegs völlig aus dem Privatrecht ausgeschaltet und man muß sich dies eingestehen, mag auch die formelle Begründung einer Entscheidung im Einzelfall vermittelst der erwähnten Blankettnormen erfolgen. Wo allerdings die Grenzlinie ist, inwieweit die Idee der Gewerbefreiheit in concreto noch Geltung in unserer heutigen Rechtsgemeinschaft besitzt, ist nur schwer zu beantworten, da zu den liberalen und antiliberalen Tendenzen noch andere gekommen sind, deren Machtverhältnisse ständig schwanken und deren Einfluß nicht immer klar abzusehen ist. Die Abgrenzung im einzelnen wird für das Problem der Preisunterbietung ausführlich im vierten Abschnitt versucht werden.

---

[12]) Vgl. o. S. 9 Anm. 9 darüber, daß die sachlichen Gesichtspunkte bei der Anwendung der §§ 826 BGB., 1 UWG. dieselben geblieben sind wie die zu der Zeit, als der Gewerbefreiheit eine unmittelbare Bedeutung für das Privatrecht zugestanden wurde.

Über die Berechtigung, ja Notwendigkeit des Einflusses allgemeiner Wertungstendenzen auf die Anwendung der Blankettnormen des Privatrechts vgl. den allgemeinen Teil des vierten Abschnitts.

Zweiter Abschnitt

§ 3

Das „Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" als Schranke der Zulässigkeit von Preisunterbietungen?

Die im Begriff der Gewerbefreiheit enthaltenen Wertungen sind im heutigen Rechtsleben nicht nur bei der Anwendung der §§ 138, 826 BGB., 1 UWG. wirksam geworden, sondern auch in der Rechtsprechung über das „Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb". Es ist daher zu untersuchen, ob die dort ausgebildeten, konkreten Normen Tatbestände der Preisunterbietung unmittelbar erfassen oder ob ihre analoge Ausdehnung darauf wünschenswert und möglich ist. Vom Recht am Gewerbebetrieb ist in erster Linie in der Rechtsprechung des Reichsgerichts die Rede. Diese hat, wie überhaupt der Begriff des „sonstigen Rechts" in § 823 I BGB., Anlaß zu vielen Zweifeln gegeben. Der Grund hierfür ist nicht zuletzt in methodischen Unklarheiten zu suchen, indem gerade in Abhandlungen über das subjektive Recht immer wieder, mehr oder weniger verdeckt, die alte, im wesentlichen überwundene Methode der Begriffsjurisprudenz durchbricht, wonach aus einem Begriffe im Wege „logischer Deduktion" Wertungen abgeleitet werden, die bei der Bildung des Begriffs nicht berücksichtigt worden sind. Es muß deshalb gerade in diesem Abschnitt die Bemerkung vorangestellt werden, daß der Begriff des subjektiven Rechts nur eine Funktion als Ordnungsbegriff hat, der die Ordnung und systematische Beherrschung der Normen des Rechts erleichtert.

I. Der heutige Stand der Rechtsprechung über das Recht am e. und a. Gewerbebetrieb ist folgender: Schutzgegenstand der Normen, die unter diesem Begriff zusammengefaßt sind, ist der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb. Doch ist nicht jedes menschliche Verhalten schlechtweg verboten, das irgendwie auf einen solchen Gewerbebetrieb störend wirkt, vielmehr sind nur die sog. unmittelbaren Eingriffe schlechtweg verboten. Die Konkretisierung der Verbotsnorm auf unmittelbare Eingriffe findet sich seitens des Reichsgerichts erstmals in RGE. 58, 30, und in RGE. 73, 112 wird erstmals spezialisiert, welche Eingriffe als unmittelbare

anzusehen sind; der Eingriff muß sich richten unmittelbar gegen den Bestand des Gewerbebetriebes: „sei es, daß dieser tatsächlich gehindert oder seine rechtliche Zulässigkeit verneint oder seine Schließung oder Einschränkung verlangt wird". Ein Verhalten, das einen solchen Eingriff darstellt, ist ohne Rücksicht auf die Schuld des Handelnden schlechtweg rechtswidrig; infolgedessen wird vom Reichsgericht eine Klage auf Unterlassung solcher Eingriffe auch dann gegeben, wenn der Handelnde im besten Glauben war, sofern die übrigen Voraussetzungen der Unterlassungsklage, insbesondere die Wiederholungsgefahr, gegeben sind. Da es den unmittelbaren Eingriff schlechthin als rechtswidrig bezeichnet, würde das Reichsgericht wohl auch Notwehr gegen einen solchen selbst schuldlosen Eingriff, etwa im Fall der tatsächlichen Hinderung, für berechtigt erachten.

Die Rechtswidrigkeit mittelbarer Eingriffe — das sind nach RG. 64, 56 und RG. 77, 219 solche, die nur eine nachteilige Einwirkung auf den Ertrag des Gewerbebetriebs haben — bestimmt sich gemäß dem Reichsgericht nach den Normen der §§ 826 BGB., 1 UWG. Der Unterschied in der Behandlung unmittelbarer und mittelbarer Eingriffe hinsichtlich der Rechtsfolgen liegt auf der Hand: soweit es sich um unmittelbare Eingriffe handelt, erscheint das Interesse des Verletzten gegenüber dem Verletzer so schutzwürdig, daß es ohne Rücksicht auf die Interessen des Verletzers[1]) schlechtweg in der aufgezeigten Weise geschützt wird. Bei Interessenkonflikten infolge mittelbarer Eingriffe soll grundsätzlich das freie Spiel der Kräfte walten und das Interesse des einen wird dem andern gegenüber nur dann geschützt, wenn dieser „gegen die guten Sitten verstößt"; hier sind also auch die Interessen des Verletzers und ihre Berechtigung in Betracht zu ziehen. Insoweit es sich um mittelbare Eingriffe handelt, wird der Rechtsschutz vom Reichsgericht nicht als Ausfluß des Rechts am Gewerbebetrieb bezeichnet[2]). Das ist nach dem eingangs dieses Abschnitts Ausgeführten nur eine Frage der Formulierung, doch prägt sich in der Formulierung des Reichsgerichts wohl der Gedanke aus, daß es sich empfiehlt, den Ordnungsbegriff des subjektiven Rechts nur da zu verwenden, wo ein tatbestandsmäßig umschriebenes Inter-

[1]) Selbstverständlich greifen aber die allgemeinen gesetzlichen Rechtfertigungsgründe (z. B. § 227 BGB.) auch hier durch.

[2]) Dagegen ist für Isay, Recht am Unternehmen, S. 60, der Hauptinhalt dieses Rechts der, daß es Schutz gegen sittenwidrige Eingriffe gewähre; vgl. darüber, daß damit nur eine andere Formulierung für bereits bestehende Normen gegeben wird, das im Text folgende. Auch Baumbach will in seinem Kommentar zum UWG. allen Rechtsschutz in gewerblichen Kämpfen durch die Begründung mit der Verletzung des Rechts am Gewerbebetrieb gewährt wissen (vgl. a. a. O. S. 127), und zwar vor allem, um den Urteilen in Wettbewerbssachen die verletzende Begründung zu nehmen.

esse gegenüber tatbestandsmäßig umschriebenen Verletzungen geschützt werden soll.

Dies ist der heutige Stand der reichsgerichtlichen Judikatur, die sich seit der RGE. 73, 112 nicht mehr wesentlich geändert hat, aber in so zahlreichen Entscheidungen aufrecht erhalten wurde, daß sie als gewohnheitsrechtliche Bildung zu respektieren ist, auch wenn man jene Normen nicht als im geschriebenen Recht begründet ansieht.

Es ist klar, daß nach der in RGE. 73, 112 gegebenen Definition des unmittelbaren Eingriffs aus der reichsgerichtlichen Rechtsprechung eine Norm für die Frage der Preisunterbietung nicht zu entnehmen ist. Denn sie ist geradezu die typische Handlung, durch die auf den Ertrag des Unternehmens eingewirkt wird; sie ist also auf den ersten Blick der Typ des mittelbaren Eingriffs, der nur im Rahmen der §§ 826 BGB., 1 UWG. rechtswidrig sein soll. Da jedoch sowohl die Möglichkeit einer klaren Scheidung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Eingriffen wie auch die Berechtigung ihrer grundlegend verschiedenen Behandlung nicht durchweg anerkannt wird, so muß untersucht werden, ob nicht eine analoge Ausdehnung der reichsgerichtlichen Normen zu erfolgen hat.

II. Um eine Grundlage für die kritische Betrachtung der dargelegten Rechtsprechung zu gewinnen, sei kurz auf ihre Entwicklung, und zwar besonders auf die vom Reichsgericht gegebenen Begründungen, eingegangen.

Der § 823 I BGB. verweist durch die Verwendung des Begriffs des „sonstigen Rechts" auf Normen, die außerhalb dieses Paragraphen existieren. Wodurch sich diese Normen von den im Abs. 2 desselben Paragraphen genannten Schutzgesetzen unterscheiden, ist nicht gesagt, und deshalb sind schon ganz kurz nach der Schaffung des BGB. Unklarheiten aufgetaucht. Unter den Normen außerhalb des § 823 I BGB., die dem durch sie Geschützten ein „sonstiges Recht" gewähren sollten, wurde früh schon der § 1 GewO. genannt; dies geschah zuerst von seiten der Wissenschaft, denn die erste Entscheidung des Reichsgerichts nach dem Inkrafttreten des BGB., in der vom Recht am Gewerbebetrieb als sonstigem Recht im Sinne des § 823 I BGB. die Rede ist (RGE. 48, 114), nimmt dabei auf gewisse, in der Literatur vertretene Ansichten Bezug. Die Entscheidung vom 6. März 1902, die erste, die einen Eingriff in einen Gewerbebetrieb unter § 823 I BGB. subsumiert[3]), deutet den Gedanken, daß durch § 1 GewO. ein „sonstiges Recht" geschaffen sei, dadurch an[4]), daß sie den Kläger, einen Arzt, dessen Gewerbe im wesentlichen nicht unter die Bestimmung der Gewerbeordnung

[3]) Abgedruckt in JW. 1902, Beilage S. 227.

[4]) Im übrigen ist die Begründung der Entscheidung noch unsicher und tastend.

fällt, nur deshalb schützt, weil er eine Privatkrankenanstalt unterhält, die ein Gewerbe im Sinn der Gewerbeordnung darstellt[5]).

Die Bedenken gegen diese Anwendung des § 1 GewO. liegen auf der Hand; denn die durch § 1 GewO. dem einzelnen gegebene Freiheit kann nicht schlechtweg, sondern nur unter bestimmten Voraussetzungen geschützt werden, kollidiert sie doch dauernd mit derselben Freiheit anderer[6]). Schon deshalb ist § 1 GewO. keine genügende Grundlage für die Annahme eines subjektiven Rechts im Sinne des § 823 BGB. Ein weiteres Bedenken gegen die Begründung der reichsgerichtlichen Entscheidungen aus § 1 GewO. mußte auftauchen, weil die Verschiedenheit der Behandlung von Personen, deren Betrieb unter die Gewerbeordnung fällt, und von solchen, bei denen dies nicht der Fall ist, in der Interessenlage nicht begründet ist. Warum der Schutz eines Arztes vom Betrieb einer Privatkrankenanstalt abhängig sein soll, auch wenn es sich nur um seine allgemeine Praxis handelt, ist schlechtweg nicht einzusehen[7]).

Da die Begründung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung aus § 1 GewO. hauptsächlich wegen der mangelnden Abgrenzung der Machtsphären der einzelnen abzulehnen ist, so liegt es nahe, die Begründung dieser Rechtsprechung in den Bestimmungen des UWG. zu suchen, dessen Aufgabe es ja ist, Interessenkonflikte zu entscheiden, die durch die freie Konkurrenz hervorgerufen werden. So findet sich denn auch in RGE. 51, 374 die Auffassung, daß die Ausübung eines selbständigen Gewerbebetriebs als ein wohlerworbenes Recht angesehen werden mag, „namentlich insoweit Eingriffe in denselben durch die Bestimmungen des UWG. besonders verboten sind". Von dieser Auffassung erweist sich bei einem Vergleich mit dem heutigen Stand der Rechtsprechung nur so viel als richtig, daß die nach dem Reichsgericht heute unter § 823 I BGB. fallenden Handlungen unter Umständen Wettbewerbs-

---

[5]) Die letztgenannte Entscheidung knüpft dabei an Gedanken an, die bereits vor dem Inkrafttreten des BGB. vom Reichsgericht in RGE. 22, 95 und 28, 248 vertreten worden sind, wobei allerdings der Rechtsgrund der Klage in diesen früheren Entscheidungen das eine Mal die Behauptung einer nicht bestehenden Verbotsberechtigung war, so daß die Klage als negative Feststellungsklage gestaltet wurde, während die andere Entscheidung unter dem Gesichtspunkt der vorsätzlichen, rechtswidrigen Vermögensschädigung gefällt wurde. Immerhin ist in der letzteren Entscheidung, in der auf S. 248 von der Verletzung des Ansehens des Geschäftsbetriebs die Rede ist, die spätere Entwicklung schon im Keime angedeutet.

[6]) Vgl. hierüber o. S. 5 ff.

[7]) Trotzdem behandelt Landmann, Komm. z. GewO. S. 73, das Recht am Gewerbebetrieb in dem Abschnitt, in dem danach gefragt ist, ob durch § 1 GewO. ein subjektives Recht gewährt sei oder nicht.

handlungen sein können, aber nicht sein müssen; tatsächlich allerdings wird es sich bei Verletzungen des Rechts am Gewerbebetrieb meist um Wettbewerbshandlungen handeln. Daß die vom Reichsgericht unter dem Begriff des Rechts am Gewerbebetrieb zusammengefaßten Normen wesentlich anderen Inhalts sind, als die im UWG. festgelegten Normen, liegt auf der Hand und wurde oben bereits dargelegt (s. o. S. 14). So hat denn auch bereits die RGE. 56, 275 die Normen des UWG. und der Blankettbestimmungen des BGB. den unter dem Recht am Gewerbebetrieb zusammengefaßten Normen gegenübergestellt. Es heißt in dieser Entscheidung: „Aber damit ist nicht gegeben, daß jede Störung oder Beeinträchtigung des Gewerbebetriebs rechtswidrig ist. Das wäre namentlich insoweit nicht anzunehmen, als der fragliche Eingriff in Betätigung der dem Gegner seinerseits zustehenden gewerblichen Handlungsfreiheit und in den Grenzen erlaubter Konkurrenz oder Koalition erfolgt. Gegen unberechtigte Schädigungen oder Störungen ist ein Schutz durch die Bestimmung der §§ 823, 824, 826 BGB., 1 UWG. gegeben".

Somit erhellt, daß der Normenkomplex, den das Reichsgericht in seiner Rechtsprechung über das Recht am Gewerbebetrieb ausgebildet hat, nicht im geschriebenen Gesetz begründet ist, sondern eine gewohnheitsrechtliche Bildung darstellt. Die Bezugnahme auf § 1 GewO. und § 1 UWG. ist aber insofern nicht völlig abwegig, als es sich bei dieser Rechtsprechung um eine Erweiterung der Normen des UWG. über den Schutz des gewerblichen Unternehmens handelt, die — wie sich im folgenden zeigen wird — aus dem Gedanken der Gewerbefreiheit heraus gerechtfertigt ist.

III. Die kritische Betrachtung dieses Gewohnheitsrechts unter dem Gesichtspunkt, ob eine analoge Ausdehnung wünschenswert erscheint, hat sich mit dem Schutzgegenstand einerseits, mit dem Umfang dieses Schutzes andererseits zu befassen.

1. Schutzgegenstand ist der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb, wobei mit Isay[8]) als Gewerbebetrieb jeder dem Gelderwerb dienende Organismus von Produktionsmitteln angesehen werden mag. In dem Wort „eingerichtet" ist zum Ausdruck gebracht, daß nicht schlechthin die gewerbliche Freiheit geschützt wird, sondern daß der gewerbliche Wille irgendwie eine gegenständliche Verkörperung erfahren haben muß, wie sich die RGE. 58, 29 ausdrückt. Mit dem Wort „ausgeübt" wird der Gewerbebetrieb in Gegensatz gesetzt zu den materiellen Grundlagen desselben, die ja in den Bestimmungen über den Schutz des Eigentums bereits hinreichend geschützt sind; Schutzgegenstand soll das Unternehmen als ein durch die Einheit des Zwecks zusammen-

[8]) Recht am Unternehmen, S. 44.

gefaßtes Lebensgebilde sein, dessen reale Existenz in demselben Sinne erfaßt werden mag, wie S m e n d in seinem Werk „Verfassung und Verfassungsrecht" die reale Existenz des Staates auffaßt. Also nicht die wirtschaftliche Existenz eines Gewerbetreibenden schlechthin soll geschützt werden, sondern nur das Mittel, das der Erhaltung einer Existenz dient. Dies ist berechtigt, und eine Erweiterung des Schutzgegenstands erscheint nicht angebracht. Die vom Reichsgericht geprägten Schutznormen sind für den vom Reichsgericht umschriebenen Schutzgegenstand angemessen, weil das Prinzip der freien Konkurrenz den wirtschaftlichen Fortschritt bringen soll und deshalb jedem die Gelegenheit gegeben sein muß, seine Produktionsmittel auszunutzen. Keinesfalls aber kann ein Erfolg dieser Ausnützung dem einzelnen garantiert werden, und dem käme es gleich, wenn die Existenz schlechthin geschützt würde.

2. Der hiermit umrissene Schutzgegenstand wird nun vom Reichsgericht nur gegen die schon mehrfach genannten unmittelbaren Eingriffe geschützt. Ist eine Erweiterung dieses Umfangs des Schutzes wünschenswert und möglich? Bei Beantwortung dieser Frage taucht als erste die Schwierigkeit auf, daß der Gegensatz von unmittelbaren und mittelbaren Eingriffen keineswegs klar faßbar ist und daß deshalb aus dieser Unterscheidung der sachliche Gesichtspunkt nicht hervorgeht, in dem die unterschiedliche Behandlung begründet ist. Nach dem Reichsgericht ist mittelbarer Eingriff alles, was nicht unmittelbarer Eingriff ist; als unmittelbare Eingriffe kann man aber bei der Verschwommenheit des Begriffs „unmittelbar" mit Sicherheit nur die vom Reichsgericht ausdrücklich als solche bezeichneten feststellen (vgl. o. S. 14). Darum scheidet man am besten die Bezeichnungen „unmittelbar" und „mittelbar" aus, die nur scheinbar einen sachlichen Gedanken verkörpern. Eine Lösung wird nur so möglich sein, daß man von den drei vom Reichsgericht als „unmittelbar" bezeichneten Eingriffshandlungen einzeln ausgeht und untersucht, ob sie mit gewissen Fällen der Preisunterbietung Ähnlichkeit hinsichtlich der Interessenlage haben, so daß sich eine gleiche Behandlung rechtfertigt.

Beim Vergleich der Preisunterbietung mit dem ersten „unmittelbaren" Eingriff, der tatsächlichen Hinderung des Gewerbebetriebs — wie sie z. B. die gewaltsame Abhaltung von Kunden bedeutet — ist eine große Verschiedenheit der Interessenlagen festzustellen: denn bei der Preisunterbietung erfolgt der Eingriff durch einen Akt eigener gewerblicher Tätigkeit[9]) des Verletzers, was bei tatsächlicher Hinderung des Gewerbebetriebs nie der Fall

[9]) Dieser Begriff ist ein engerer als der Begriff der Wettbewerbshandlung; es sollen darunter nur Akte der Beschaffung von Produktionsmitteln, der Produktion selbst und insbesondere des Vertriebs verstanden werden.

ist[10]). Der hiermit aufgezeigte Unterschied genügt, um eine gleiche Behandlung der beiden Tatbestände unangebracht erscheinen zu lassen. Wenn gewerbliche Tätigkeit gegen manche Akte nicht-gewerblicher Tätigkeit, wie Abhaltung von Kunden, schlechtweg geschützt wird, so ist das berechtigt, und die Rechtsprechung des Reichsgerichts steht insoweit mit dem Prinzip der freien Konkurrenz in Übereinstimmung; ja, sie ist eine wesentliche Garantie dafür, daß das mit ihrer Einführung verfolgte Ziel, nämlich der Sieg des Tüchtigsten, erreicht wird; es soll dadurch in der Entfaltung seiner Kräfte jeder schlechtweg geschützt werden außer gegen solche Handlungen, die Ausdruck des Konkurrenzstrebens eines andern durch Entfaltung seiner Kräfte sind. Wo aber der Eingriff in ein Unternehmen durch einen Akt eigener gewerblicher Tätigkeit des Verletzers erfolgt, da dürfen nicht die Interessen des Verletzten allein für die Beurteilung maßgebend sein, sondern es haben die Gesamtumstände des Falls zu entscheiden und, wenn sie nicht ein sittenwidriges Verhalten seitens des Verletzers ergeben, so mag das freie Spiel der Kräfte den Konflikt entscheiden.

Im selben Gegensatz steht die Preisunterbietung zu den andern Fällen des unmittelbaren Eingriffs, dem Fall der Verneinung rechtlicher Zulässigkeit und dem Fall des Verlangens der Schließung oder Einschränkung des Gewerbebetriebs. Auch hier handelt es sich nicht um Akte gewerblicher Tätigkeit des Verletzers, und nur darum ist hier das Interesse des Verletzten schlechtweg schutzbedürftig. Es mag allerdings neben dem nichtgewerblichen Charakter der Eingriffshandlung in diesen Fällen für den absoluten Schutz der Gefahrtragungsgedanke maßgebend gewesen sein. Ein Analogieschluß kann aber auch hier nicht gezogen werden.

Daß der Grundgedanke für den vom Reichsgericht gewährten absoluten Schutz bei den genannten „unmittelbaren" Eingriffen der ist, daß es sich bei diesen nicht um Akte eigener gewerblicher Tätigkeit des Verletzers handelt, kommt auch in RGE. 65, 212 zum Ausdruck, wo es heißt: „Wenn ein Recht der Klägerin verletzt sein soll, so muß in ihre Rechtssphäre ... eingegriffen sein ... daran mangelt es hier. Der Beklagte hat seine gewerbliche Tätigkeit ausgeübt, und das steht ihm ebensowohl zu, wie der Klägerin die Ausübung der ihrigen ... Ein Eingriff in deren Geschäftsbetrieb ist dadurch nicht gegeben"[11]).

[10]) Insoweit es denkbar ist, daß eine tatsächliche Hinderung gewerblicher Tätigkeit selbst ein Akt gewerblicher Tätigkeit ist, z. B. in dem Fall, daß ein Hausierer sich mit seinen Waren vor einem Ladeneingang aufpflanzt und den Eintritt von Kunden tatsächlich verhindert, da wird durchweg die Natur der tatsächlichen Hinderung als Akt der Gewerbetätigkeit nur ein Akzessorium des Eingriffs sein.

[11]) Allerdings hätte es in letzterem Satz besser geheißen: „ein rechtswidriger Eingriff"; denn jede, auch die berechtigte Konkurrenzhandlung ist ein Eingriff in den Betrieb des Konkurrenten.

Somit ist aus dem „Recht am Gewerbebetrieb" im Wege der Analogie keine Norm für die Tatbestände der Preisunterbietung abzuleiten. Diese müssen vielmehr als Fälle „mittelbarer" Eingriffe unter dem Gesichtspunkt des Verstoßes gegen die guten Sitten beurteilt werden.

Man kann allerdings — ohne damit die betreffenden Fälle den unmittelbaren Eingriffen gleichzustellen — daran denken, alle diejenigen Normen des Rechtsschutzes von Gewerbetreibenden unter der Darstellungsform eines subjektiven Rechts zusammenzufassen, die aus den §§ 826 BGB., 1 UWG. begründet werden, aber unter diese Gesetzesstellen eigentlich nicht fallen, weil sie irgendeinen Grad subjektiver Vorwerfbarkeit hinsichtlich der Eingriffshandlung nicht voraussetzen[12]). Diese Normen, unter die auch Tatbestände der Preisunterbietung fallen, unterscheiden sich aber von den in diesem Abschnitt behandelten Wertungen wesentlich dadurch, daß sie nicht tatbestandsmäßig formuliert sind, sondern aus der Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls zu gewinnen sind. Auf sie kann erst im vierten Abschnitt näher eingegangen werden, da sie mit dem hier behandelten Normenkomplex nicht mehr als die Bezeichnung als subjektives Recht gemein haben.

---

[12]) Diese Fälle werden gelegentlich als Fälle „objektiver Sittenwidrigkeit" bezeichnet, was natürlich eine contradictio in adiecto ist.

Dritter Abschnitt

§ 4

Preisunterbietung und Kartellverordnung

Es wurde bereits in der Einleitung erwähnt, daß die scheinbar schrankenlose Zulässigkeit der Preisunterbietung zuerst da fraglich wurde, wo die Preisunterbietung als Kampfmittel der neu aufstrebenden wirtschaftlichen Großmächte verwandt wurde. Es ist deshalb zu erwägen, ob nicht aus der Kartellverordnung von 1924 auch eine Schranke für die Zulässigkeit von Preisunterbietungen zu entnehmen ist.

Hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 4 KartellVO. sind verschiedene Fragen voneinander getrennt zu halten. Der Anwendbarkeit dieses Paragraphen steht an sich nichts im Wege, denn der § 1 KartellVO., auf den § 4 Bezug nimmt, spricht u. a. auch von solchen Verträgen und Beschlüssen, welche Verpflichtungen über ... die Forderung von Preisen enthalten. Allein aus der Bejahung der Anwendbarkeit des § 4 KartellVO. folgt noch keine konkrete Schranke der Zulässigkeit von Preisunterbietungen. Der § 4 gibt nämlich nur gewissen Instanzen die Ermächtigung zu gestaltenden Eingriffen in die bisherige Rechtslage. Solange aber, als ein solcher Eingriff nicht erfolgt ist, sind die fraglichen Verträge und Beschlüsse in den allgemeinen Grenzen der Vertragsfreiheit zulässig. Wenn eine Entscheidung der in Nr. 1 des § 4 bezeichneten Art (nur eine solche kommt ja hier in Frage) ergangen ist, wonach die Fortsetzung einer Preisunterbietung wegen Gefährdung der Gesamtwirtschaft oder des Gemeinwohls untersagt wird — ein Fall, der praktisch wohl kaum je eintreten wird —, so ist immer noch fraglich, ob damit auch eine Unterlassungspflicht gerade den betroffenen Konkurrenten gegenüber zur Entstehung gelangt ist. Es mag dahingestellt bleiben, ob die Ansicht von Isay-Tschierschky[1]) richtig ist, daß bei Zuwiderhandlung gegen die Anordnung des Kartellgerichts der § 823 II BGB. aus dem Grund unanwendbar sei, weil dieser Paragraph die Verletzung abstrakter, für jedermann geltender Normen voraussetzt und es sich hier um die Übertretung einer konkreten Anordnung für den Einzelfall handelt; auf jeden Fall scheidet § 823 II BGB. aus,

[1]) Kommentar zur Kartellverordnung, S. 178.

weil eine Anordnung auf Grund von § 4 KartellVO. nicht mit Rücksicht auf den Betroffenen, sondern mit Rücksicht auf die Gesamtwirtschaft und das Gemeinwohl getroffen wurde. Es könnte also höchstens § 826 BGB. oder § 1 UWG. zur Anwendung gelangen; die Voraussetzungen dieser Paragraphen können aber nicht ohne weiteres durch die Nichtbefolgung der Anordnung des Kartellgerichts als erfüllt angesehen werden.

Auch § 10 KartellVO. ist auszuscheiden. Vorweggenommen sei, daß unter den gemäß § 10 KartellVO. anzugreifenden „Arten der Preisfestsetzung" nicht die Festsetzung der absoluten Höhe des Preises zu verstehen ist[2]). Ferner ist zu bemerken, daß § 10 genau wie § 4 keine unmittelbar anwendbare Norm enthält, sondern nur die Ermächtigung zu einem gestaltenden Eingriff in die Rechtslage. Der durchschlagende Grund für die Unanwendbarkeit des § 10 ist aber der, daß § 10 sich nicht auf das Verhältnis von Konkurrenten zueinander bezieht, sondern nur auf das Verhältnis gewisser mächtiger Unternehmen zu ihren Abnehmern; dies ergibt sich eindeutig daraus, daß die vom Kartellgericht gemäß § 10 vorzunehmende Gestaltung die Schaffung eines Rücktrittsrechts für die „benachteiligten Vertragsteile" ist.

Nicht so ohne weiteres abzulehnen ist die Anwendbarkeit des § 9 KartellVO. Im Gegensatz zu den §§ 4 und 10 enthält der § 9 eine unmittelbare Rechtsnorm, und zwar eine Verbotsnorm mit Erlaubnisvorbehalt. Es ist wohl nicht ernstlich in Frage zu stellen, daß § 9 ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 II BGB. ist[3]). Zweifelhaft ist infolgedessen nur die Frage, ob unter die gemäß § 9 verbotene „Verhängung von Nachteilen von ähnlicher Bedeutung" auch eine Preisunterbietung fallen kann. Das Reichsgericht hat die Frage in RGE. 119, 366 und 122, 262 verneint, u. a. mit der Begründung, daß wie zum Begriff der Sperre auch zum Begriff des Nachteils von ähnlicher Bedeutung das Erteilen einer Anweisung gehöre. Isay-Tschierschky (a. a. O. S. 303) führt bezüglich der Nachteile von ähnlicher Bedeutung aus: „Gedacht ist offensichtlich an Differenzierungen in den Preisen ... Es ist ... unerheblich, ob über einen Händler die völlige Liefersperre verhängt wird, oder ob er die Ware nur mit einem solchen Aufschlag ... erhält, daß er konkurrenzunfähig wird." Daraus ergibt sich klar, daß unter Nachteilen von ähnlicher Bedeutung auch nur solche Maßnahmen verstanden werden sollen, die zwecks Beeinflussung des Außenseiters eine Schädigung an sich Unbeteiligter (Lieferanten, Abnehmer u. a.) verursachen, nicht aber solche, die für den Abnehmer günstig und nur für die Konkurrenz nachteilig sind; zur letzteren

[2]) Vgl. Isay-Tschierschky, a. a. O. S. 339; Lehnich-Fischer, Kommentar zur Kartellverordnung, S. 239.

[3]) Vgl. Planck, Kommentar, Anm. e zu § 823 S. 1743; RGE. 119, 366.

Art aber gehört die Preisunterbietung[4]). Zudem würde die Bejahung der Anwendbarkeit des § 9 KartellVO. zu praktisch völlig unmöglichen Ergebnissen führen: es kann doch unmöglich jede Unterbietung eines Kartells von der Genehmigung des Kartellgerichts abhängig gemacht werden, wo aber will man die Grenze zwischen genehmigungspflichtigen und nichtgenehmigungspflichtigen Unterbietungen ziehen?[5]).

Es ist deshalb der Kartellverordnung eine unmittelbare Bedeutung für die Frage der Preisunterbietung abzusprechen.

---

[4]) Wie hier mit eingehender Begründung Reinhardt in M. u. W. 1930 S. 468 ff.; vgl. auch Nipperdey, Wettbewerb und Existenzvernichtung, S. 9.

[5]) Gegen die auch hier vertretene Meinung von Reinhardt (s. Anm. 4) hat sich Blum in M. u. W. 1930 S. 514 (mit Literaturnachweisen) ausgesprochen, weil die Preisunterbietung in den typischen Fällen auf denselben wirtschaftlichen Erfolg wie eine Sperre hinauslaufe. Der letztere Satz ist, abgesehen von dem Wort „typisch", richtig; jedoch kommt es nicht allein auf den gleichen Erfolg an, wenn zwei Handlungen rechtlich einander gleichgestellt werden sollen, sondern auch auf die Bewertung des Mittels, das zur Erreichung des Erfolgs verwandt wurde; und da kann eine Preisunterbietung allenfalls bei Unterschreitung der Selbstkostengrenze der Sperre entfernt gleichgestellt werden. Aus den Ausführungen unten in § 15 wird sich ergeben, daß die Selbstkostengrenze aus verschiedenen und verschieden zu bewertenden Interessen heraus unterschritten werden kann; damit entfällt aber die Anwendbarkeit des § 9, da eine solche Präventivzensur eine einigermaßen klare Abgrenzung ihres Wirkungsbereichs erfordert.

Vierter Abschnitt

Preisunterbietung als Verstoß gegen die guten Sitten

A. Die guten Sitten

§ 5

Der Begriff der guten Sitten

Im bisherigen konnte eine Norm nicht festgestellt werden, die die Zulässigkeit von Preisunterbietungen beschränkte; es bleibt nun zu untersuchen übrig, inwieweit eine Preisunterbietung gegen die guten Sitten verstoßen und daher gemäß §§ 826 BGB., 1 UWG. verboten sein kann. Wenn dabei zunächst der problematische Begriff des Verstoßes gegen die guten Sitten betrachtet wird, so mag vorausgeschickt werden, daß es im Rahmen dieser eine Spezialfrage behandelnden Arbeit unmöglich ist, die zahllosen über Wesen und Funktion dieses Begriffes schon vertretenen Meinungen und alle damit verbundenen Probleme zu erörtern. Die Darstellung muß auf eine kurze Begründung des dieser Arbeit zugrunde liegenden Standpunkts beschränkt werden.

Wenn das Gesetz in den §§ 826 BGB., 1 UWG. auf die guten Sitten Bezug nimmt, so verweist es damit nicht nur auf rein tatsächliche Gepflogenheiten, die der Richter als äußere Tatsachen festzustellen hätte, sondern zugleich — was aus dem Beiwort „gut" hervorgeht — auf wertende Vorstellungen (Tatsachen des Geisteslebens). Der Nachdruck bei der Verweisung ruht wohl auf letzteren; doch werden diese Wertungen meist an tatsächliche Übungen bestimmten Verhaltens anknüpfen und meist aus solchen erwachsen sein. Im Gegensatz zu den Wertungen der Aesthetik handelt es sich dabei um S o l l vorstellungen bezüglich menschlichen Verhaltens.

Die Normen, auf die die §§ 826 BGB., 1 UWG. verweisen, werden von manchen als Normen der Ethik, Moral oder Sittlichkeit bezeichnet, und durch diese Bezeichnung soll ausgedrückt werden, daß die Verweisung nur einem bestimmten Ausschnitt aus der Gesamtheit der Sollvorstellungen gilt, die neben den formulierten Rechtssätzen in einer Gemeinschaft vorhanden sind. Andere

wieder[1]) leugnen, daß die guten Sitten etwas mit Ethik oder Moral zu tun haben, und nehmen sie ganz für das Gebiet des Rechts in Anspruch. Es muß darum kurz auf die Bedeutung der Worte Ethik und Recht eingegangen werden.

I. Das Wort Ethik kann in verschiedenem Sinn gebraucht werden. Im weitesten Sinne bedeutet es einfach die Lehre vom menschlichen Sollen. Bei dieser Auffassung sind die Normen des Rechts eine Unterart der Normen der Ethik, dieser Begriff der Ethik kann daher bei jenen Verweisungen nicht gemeint sein. Vorausgesetzt muß bei der Bezeichnung der guten Sitten als Normen der Ethik ein Begriff der Ethik sein, der vom Recht unterschieden wird und ihm gegenübergestellt werden kann. Dabei kann es sich aber um keine Unterscheidung handeln, die aus aprioristischer inhaltlicher Verschiedenheit der rechtlichen und moralischen Normen folgte; denn nicht durch die Verschiedenheit der möglichen Inhalte unterscheiden sich Recht und Ethik[2]), sondern nur durch die Art der Wirksamkeit, so daß jede denkbare Sollvorstellung über äußeres menschliches Verhalten an sich Rechtsnorm oder ethische Norm sein kann; ob sie das eine oder das andere ist, kann nur relativ im Hinblick auf eine konkrete Gemeinschaft beantwortet werden. Zur Begründung dieses Satzes bedarf es einer kurzen Betrachtung dessen, was „Recht" ist.

II. Die Abscheidung rechtlicher Normen aus der Gesamtheit der in einer menschlichen Gemeinschaft vorhandenen Sollvorstellungen ist ein Produkt fortgeschrittener Entwicklung. In primitiven Gemeinschaften ist eine Scheidung der Normen des Rechts einerseits, der Sitte und Sittlichkeit andererseits nicht zu treffen. Was in einer primitiven Gemeinschaft von den vorhandenen Sollvorstellungen als Recht anzusehen ist, kann nicht aus deren Inhalt gemäß einer absoluten Idee des Rechts entnommen werden; erst wenn die Gemeinschaft beginnt, auf die Mißachtung gewisser Normen in bestimmter Weise zu reagieren, hebt sich aus der Gesamtheit der Wertungen eine besondere Kategorie hervor, die als Recht bezeichnet wird.

Die Besonderheit der Reaktion besteht darin, daß die Befolgung gewisser Normen vermittelst präventiver oder repressiver Maßnahmen durch Organe der Gemeinschaft[3]) gesichert und daß

---

[1]) So vor allem Stammler, Richtiges Recht, S. 252, HandWB. d. StW. Art. „Recht", S. 1198; vgl. ferner Hagen, Gruch. Bd. 52 S. 500.

[2]) Wobei es zunächst unerheblich ist, welcher der verschiedenen engeren Begriffe der Ethik getroffen werden soll; eine Ausnahme gilt nur für den Stammlerschen Begriff der Ethik, der in einem absoluten Gegensatz zum Recht steht; vgl. hierüber unten III.

[3]) Dies kann die Gemeinschaft selbst als Volksversammlung (thing) sein oder es können einzelne Mitglieder der Gemeinschaft mit der Sicherung der Normen beauftragt werden, wie es in höherentwickelten Gemeinwesen die Regel ist.

in Streitfällen das Gesollte festgestellt wird; dabei kann die Feststellung, welche Normen so zu sichern sind, entweder den mit der Sanktion betrauten Organen überlassen bleiben oder — und das wird in höherentwickelten Gemeinwesen zur Regel — besonderen Organen übertragen werden, die entweder nur zwecks leichterer Handhabung vorhandene Normen technisch zu formulieren oder neue Normen zu schöpfen haben, die die Gemeinschaft als die ihrigen anerkennen will. Erst mit der Organisation einer Gemeinschaft entsteht die Möglichkeit, die Rechtsnormen von den sonstigen in ihr vorhandenen Wertungen zu trennen; doch kann dann der Begriff „Recht" für verschiedene Normenkomplexe gebraucht werden; dabei wird natürlich die Organisationsnorm selbst immer unter den Begriff des Rechts eingeordnet, und zwar unabhängig davon, ob sie technisch formuliert ist oder nicht. In einem weiteren Sinne kann man als Recht den Inbegriff der Normen bezeichnen, die von den Organen gesetzt oder zur Anwendung gebracht werden, auch wenn die angewandten Wertungen nicht technisch formuliert sind, in welch letzterem Fall man von Gewohnheitsrecht im weiteren Sinne spricht[4]). In einem engeren Sinne wird als Recht nur der Inbegriff der bestimmt formulierten Rechtssätze, also nur das Gesetzesrecht und das Gewohnheitsrecht im engeren Sinne[5]), verstanden[6]).

Das Verhältnis der guten Sitten zum objektiven Recht ist danach klar: legt man den weiteren Rechtsbegriff zugrunde, so sind sie mit Stammler als Teil der Rechtsordnung anzusehen; faßt man den Rechtsbegriff im engeren Sinne, so kann man sie wegen der Verweisung des Gesetzes auf sie als mittelbaren Gesetzesinhalt bezeichnen[7]) oder sie als nichtrechtliche Normen den formulierten Rechtssätzen gegenüberstellen.

III. Mit der Bezeichnung der guten Sitten als nichtrechtliche Normen im letztgenannten Sinne ist aber nicht gesagt, daß alle abgesehen von Gesetzesrecht und Gewohnheitsrecht im engeren Sinne in einer Gemeinschaft existierenden Wertungen unter die Verweisung des Gesetzes fallen. Zunächst bleiben sicher außer Betracht die Wertungen, die ausschließlich die innere Einstellung des Menschen betreffen. Das folgt zwingend aus der Erwägung, daß das Gesetz, wo es außerrechtliche Wertungen in seinen Bannkreis zieht, dies nur tut, um den vom Recht verfolgten Zweck zu ver-

[4]) Vgl. Rümelin, Gewohnheitsrecht, S. 13.

[5]) Vgl. Rümelin, Gewohnheitsrecht, S. 15.

[6]) Auf die Frage, ob der Begriff des objektiven Rechts auf die Normen der Gemeinschaften zu beschränken ist, die „Staaten" sind, kann und braucht im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen zu werden.

[7]) Vgl. Rümelin, Arch. f. civil. Praxis, Bd. 122 S. 162 ff., insbesondere S. 164.

wirklichen. Die Verweisung ist daher auf die Wertungen zu beschränken, die geeignet sind, diesen Zweck zu verwirklichen. Der Zweck des Privatrechts unserer Rechtsgemeinschaft ist nun aber nicht die Ordnung des Innenlebens der Menschen, sondern die Ordnung des Zusammenlebens, die Abgrenzung von Interessen. Durch rein interne Vorgänge wird niemandens Interesse verletzt, das Zusammenleben nicht gestört. Daher kann, wer wie Stammler den Begriff der Ethik auf die Normen beschränkt, die das Innenleben der Menschen betreffen, mit Recht sagen, daß die guten Sitten mit Ethik nichts zu tun haben[8]).

Es ist allerdings denkbar, daß das Recht versucht, die innere Gesinnung zu erforschen und daran Folgen zu knüpfen, weil man von Menschen mit bestimmter Gesinnung Gefahren für die Gemeinschaft befürchtet und diese bannen will, sei es, daß durch Bestrafung böser Menschen der göttliche Zorn von der Gemeinschaft abgewendet werden soll, sei es, daß man eine künftige Betätigung der bösen Gesinnung durch die betreffende Person verhindern will. Doch treten diese Gedanken, die in den Zeiten der Inquisition eine erhebliche Rolle spielten, in heutiger Zeit zurück[9]).

Auch mit der Beschränkung der Verweisung auf die nichtrechtlichen Wertungen äußeren Verhaltens ist das, was das Gesetz mit den guten Sitten meint, noch zu weit umschrieben. Eine weitere Begrenzung ergibt sich aus der Berücksichtigung dessen, ob eine Verhaltensregel inhaltlich wertbetont ist und aus der Berücksichtigung des Grads der Wertbetonung, wobei allerdings zwischen den nicht wertbetonten Verhaltensregeln und den verschiedenen Stufen der Wertbetonung ein allmählicher Übergang stattfindet[10]).

Zunächst scheiden aus dem Gebiet jener Verweisung die Normen aus, mit denen eine inhaltliche Wertbetonung gar nicht verbunden ist und die gemeinhin als „Sitte" bezeichnet werden: das sind solche Regeln, die nur auf dem Bedürfnis gleichmäßiger Übung beruhen, also auch mit entgegengesetztem Inhalt denselben Zweck erfüllen würden, sofern nur die Gleichmäßigkeit der Übung

---

[8]) Doch stimmt der Stammlersche Begriff der Ethik mit dem gewöhnlichen Sprachgebrauch nicht überein; vgl. hierüber Rümelin, Festschr. f. Haering, S. 133 ff.

[9]) Eine ganz andere Frage ist natürlich, ob nicht eine in Erscheinung getretene Handlung verschieden bewertet wird je nach der Gesinnung, die darin zutage tritt; vgl. hierüber den folgenden Paragraphen.

[10]) Die Zusammenfassung der nicht zu formulierten Rechtssätzen verdichteten, inhaltlich wertbetonten Verhaltensregeln unter den Begriff der Sittlichkeit i. e. S. ist wohl die häufigste Verwendung des Wortes Sittlichkeit; doch deckt sich dieser Begriff mit dem Begriff der guten Sitten nur, wenn auch auf den Grad der Wertbetonung Rücksicht genommen wird.

erreicht wird; hierher gehört etwa die Regel, daß man rechts gehen solle. Die Ausscheidung solcher Normen ist wohl unmittelbar aus dem Gesetz zu entnehmen, denn für sie pflegt man nicht das Beiwort „gut" zu gebrauchen.

Nicht unmittelbar aus den Worten des Gesetzes, wohl aber aus dem Sinn der Verweisung folgt, daß es auch auf die Stärke der inhaltlichen Wertbetonung ankommt, deutlicher ausgedrückt: auf den Grad der Mißbilligung, die denjenigen trifft, der normwidrig handelt. Es handelt sich bei jenen Verweisungen um eine Eingliederung bestimmter Wertungen in die rechtliche Zwangsordnung; deshalb muß die Mißbilligung eines bestimmten Verhaltens so stark sein, daß rechtliche Reaktion begehrt wird[11]).

Auf Grund dieser Erwägung scheiden aus dem Gebiet jener Verweisungen zunächst aus die gewöhnlich als Anstandsregeln bezeichneten Normen; denn ihre Verletzung löst mehr aus ästhetischen Gründen ein Unlustgefühl aus als das Gefühl einer Störung des Gemeinschaftslebens, die bei allen Reaktionen unseres Rechts vorausgesetzt wird[12]).

Die Berücksichtigung des Grads der Wertbetonung führt auch zu der weiteren Einschränkung, daß nicht von idealistischen Anforderungen ausgegangen werden darf; vielmehr ist das Urteil „Verstoß gegen die guten Sitten" im Sinne des Gesetzes nur da zu fällen, wo Regeln der tatsächlich geltenden Volksmoral mißachtet wurden. Es ist, wie es häufig in der Literatur ausgedrückt wird, ein „durchschnittlicher Maßstab" anzulegen; keinesfalls darf die Ethik einer einzelnen wissenschaftlichen Schule oder Richtung dem Urteil zugrunde gelegt werden, wenn deren Lehren nicht ins Volk übergegangen und dort allgemein wirksam sind[13]). Natürlich

---

[11]) Vgl. Rümelin, Festschr. f. Haering, S. 141.

[12]) Die Ansicht Stammlers (HandWB. d. StW. Art. „Recht", S. 1192), daß die Anstandsregeln sich von den rechtlichen Normen in dem oben erwähnten weitesten Sinn durch die Verschiedenheit des Sinns des Geltungsanspruchs unterscheiden, ist heute wohl allgemein aufgegeben. Auch diese Wertungen wollen unabhängig vom Willen der ihnen Unterstehenden gelten, aber sie unterscheiden sich von anderen Verhaltensregeln durch den geringeren Grad inhaltlicher Wertbetonung.

[13]) Diese Ausführungen sind von besonderer Bedeutung für die Frage, ob auch durch eine Unterlassung ein Verstoß gegen die §§ 826 BGB., 1 UWG. begangen werden kann. Selbstverständlich ist diese Frage zu bejahen, wo die unterlassene Handlung nicht durch die guten Sitten, sondern durch ausdrückliche Gesetzesvorschrift geboten war. Wie aber, wenn sie nur durch die guten Sitten geboten war? Die Ansicht von Dick (Arch. f. bürg. R. Bd. 33, S. 81), daß ein Sittenverstoß nur durch ein positives Handeln begangen werden könne, weil nur dann ein eigentlicher „Verstoß" vorliege, ist wohl nicht haltbar. Hiegegen auch die herrschende Meinung: vgl. RGRKomm. Anm. 2

muß dann die durchschnittliche Moralauffassung eines beschränkten Personenkreises herangezogen werden, wenn es sich um die Bewertung einer Handlung dreht, die nur in bestimmten Kreisen, etwa dem Kaufmannsstand, vorkommt; doch ist hier der Vorbehalt zu machen, daß die Anschauung des engeren Kreises nicht mit allgemeinen Wertungen der Gemeinschaft im Widerspruch stehen darf.

§ 6

Die sittenwidrige Handlung im einzelnen

Es ist eine noch nicht geklärte Frage, ob die negative Wertung, die bei der Bezeichnung einer Handlung als sittenwidrig vorausgesetzt ist, sich auf die objektive Seite der Handlung zu beschränken hat oder ob für sie auch subjektive Momente von Erheblichkeit sind. Die Unklarheit über diesen Punkt geht schon zurück auf die Zeit der Schaffung des BGB., denn bezüglich § 138 BGB. verlangen die Motive I S. 211 eine Ausscheidung der subjektiven Momente, während die Protokolle Bd. 1 S. 123 ff. die subjektive Seite unter Umständen heranziehen wollen. Die Unklarheit findet sich auch in der reichsgerichtlichen Judikatur, wie eine Gegenüberstellung der beiden folgenden Entscheidungen ergibt:

RGE. 79, 418: „Eine Handlung verstößt vielmehr gegen die guten Sitten nur, aber dann auch immer, und ebenfalls ohne Rücksicht auf das subjektive Meinen des Handelnden, wenn sie objektiv, so wie sie in Erscheinung getreten ist, die guten Sitten, das Anstandsgefühl der billig und gerecht Denkenden verletzt."

RGE. 56, 231: „Das Rechtsgeschäft muß nach seinem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Motiv und Zweck sich ergebenden Gesamtcharakter, nach den objektiven und subjektiven Momenten gegen die guten Sitten verstoßen." [Ebenso RGE. 63, 350; 68, 98.][1])

Der Grund für die Unklarheit der Bedeutung der objektiven und subjektiven Momente wird vornehmlich darin zu suchen sein,

---

zu § 826; Callmann, Komm. z. UWG., S. 94; Stammler, Lehre vom richtigen Recht, S. 301; Rümelin, Festschr. f. Haering, S. 141; Nipperdey, Organisationszwang, S. 67. Der Gefahr, daß die Rechtspflichten durch eine der Dickschen Ansicht entgegengesetzte Auslegung ins Uferlose wachsen, wird dadurch vorgebeugt, daß gerade bei der Unterlassung die Mißachtung einer Regel vorausgesetzt wird, die zum Bestand der allgemeinen Volksmoral gehört und bei deren Verletzung allgemein eine rechtliche Reaktion begehrt wird.

[1]) Daß die letzteren Entscheidungen im Gegensatz zu der ersteren sich nicht auf § 826 BGB., sondern auf § 138 BGB. beziehen, tut nichts zur Sache, da ja nach herrschender Ansicht der Begriff der guten Sitten im BGB. ein einheitlicher ist.

daß die verschiedenen subjektiven Momente nicht genügend scharf auseinandergehalten werden.

Ausgangspunkt bei der Behandlung der Frage ist zunächst die Bewertung einer Handlung in objektiver Hinsicht. Eine solche ist natürlich möglich; doch empfiehlt sich bei negativer Bewertung der objektiven Seite der Handlung die Bezeichnung als „sittenwidrig" oder gar „unsittlich" nicht, da jedenfalls der gewöhnliche Sprachgebrauch in diese Bezeichnungen immer einen gewissen Grad von subjektiver Vorwerfbarkeit hineinlegt. Ein negatives Werturteil wird über die objektive Seite einer Handlung gefällt werden, wenn sie sozial- oder gemeinschädliche Wirkungen hat; doch wird wegen des tatsächlichen Eintritts einer nicht wünschenswerten Folge die Handlung selbst nur dann negativ bewertet werden, wenn die Folge in adäquatem Zusammenhang zur Handlung steht, wenn also die Handlung generell zur Herbeiführung solcher Erfolge geeignet erscheint. Dabei braucht der Erfolg nicht ein schlechtweg negativ zu bewertender sein[2]), es genügt, wenn die Verbindung gerade dieser Handlung mit diesem Erfolg negativ zu bewerten ist. Der Eintritt einer schädlichen Wirkung ist in § 826 BGB. ausdrücklich als Tatbestandsmerkmal des Verbots genannt; nicht so in § 1 UWG.; der Grund hierfür ist darin zu suchen, daß eine Handlung „zu Zwecken des Wettbewerbs" regelmäßig mit einer Schädigung anderer verbunden ist; es mag allerdings aus besonderen Gründen im Einzelfall eine Schädigung ausbleiben, dann erscheint die Handlung dennoch negativ zu bewerten, wenn sie generell geeignet ist, eine Schädigung anderer zu bewirken. So wird z. B. eine Unterlassungsklage aus § 1 UWG. ohne weiteres zu geben sein, wenn ein Konkurrent versucht, durch unwahre Behauptungen einem anderen einen Auftrag abzujagen und diesen dadurch zu schädigen, wenn er dieses Ziel aber nicht erreicht, weil der zu Täuschende die Unwahrheit jener Behauptungen kennt.

Ohne den adäquaten Eintritt einer Schädigung bzw. ohne die generelle Eignung einer Handlung zur Herbeiführung schädigender Erfolge wird keine die rechtliche Reaktion rechtfertigende Mißbilligung je gegeben sein. Das folgt aus dem Zweck unserer gesamten Privatrechtsordnung, die auf Abgrenzung von Interessen gerichtet ist und ein Rechtsschutzbedürfnis nirgends bejaht, wo nicht in die Sphäre anderer eingegriffen wird. Das ist der Grund, warum zweifellos von der Bewertung der Handlung nach der objektiven Seite auszugehen ist, und daraus folgt, daß, wenn eine Handlung nicht schon objektiv negativ zu bewerten ist, die ver-

---

[2]) So ist z. B. bei allen Wettbewerbshandlungen die Schädigung des Konkurrenten kein schlechtweg negativ zu bewertender Erfolg, da eine solche mit jedem Gewerbebetrieb, auch dem lauteren, naturnotwendig verbunden ist.

werfliche innere Einstellung allein den Vorwurf des Sittenverstoßes nicht zu rechtfertigen vermag.

Dies hat das Reichsgericht in RGE. 65, 430 für einen Fall, wo es sich um Verkennung der objektiven Sachlage handelte, dahin ausgedrückt, daß, „wenn der Handelnde nach der tatsächlich gegebenen Sachlage so wie geschehen handeln durfte, die Schadenersatzpflicht nicht darauf gestützt werden kann, daß ihm diese Sachlage nicht oder nicht vollständig bekannt gewesen sei und das, was er gewußt habe, seine Handlungsweise als nicht gerechtfertigt erscheinen lasse". Den Fall, daß eine objektiv berechtigte Handlung aus einem verwerflichen gefühlsmäßigen Antrieb (Rachsucht) vorgenommen wurde, behandelt das Reichsgericht in RGE. 71, 173; es handelt sich dort um die Betätigung des eigenen geschäftlichen Interesses in an sich berechtigter Weise aus dem Motiv der Rachsucht; das Reichsgericht lehnt mit Recht die Annahme eines Sittenverstoßes ab.

Aus den obigen Ausführungen folgt weiter, daß ein negativ zu bewertender Zweck[3]) die Handlung nur dann zu einer sittenwidrigen im Sinn des Gesetzes macht, wenn der Eintritt des „bezweckten" Erfolgs oder die Wahrscheinlichkeit seines Eintritts unter den gegebenen Umständen die Handlung objektiv zu einer negativ zu bewertenden macht[4]).

Wenn nun auch die objektive Seite der Handlung Ausgangspunkt der Bewertung zu sein hat, so folgt daraus nicht, daß bei der endgültigen Bewertung nicht subjektive Momente zu berücksichtigen sind. Es ist zwar oben abgelehnt worden, daß Normen über rein innerliche Vorgänge unter den Begriff der guten Sitten fallen; selbstverständlich kann aber eine äußerlich in die Erscheinung getretene Handlung verschieden bewertet werden je nach der zugrunde liegenden inneren Einstellung[5]).

Inwieweit ist nun bei der Anwendung der §§ 826 BGB., 1 UWG. die innere Einstellung des Handelnden heranzuziehen? Hier ist vorweg die Frage zu prüfen, ob der Gesetzgeber bei der Schaffung jener Normen voraussetzte, daß ein Sittenverstoß nur dann vorliege, wenn im konkreten Fall eine verwerfliche Gesinnung festgestellt werden könne, daß also mit dem Urteil „Ver-

---

[3]) Unter Zweck wird hier diejenige Erfolgsvorstellung verstanden, die Motiv für das Handeln war.

[4]) Es sind deshalb die oben zitierten Ausführungen des Reichsgerichts bezüglich § 138 (RGE. 56, 231), wo von dem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Motiv und Zweck sich ergebenden Gesamtcharakter die Rede ist, nur mit Vorbehalt für die Fälle der §§ 826 BGB., 1 UWG. zutreffend.

Über einen weiteren Gesichtspunkt, unter dem der „Zweck" erheblich werden kann, vgl. unten S. 33 Anm. 8.

[5]) Vgl. oben S. 27 Anm. 9.

stoß gegen die guten Sitten" ein Vorwurf gegen die Persönlichkeit verbunden sei. Es ist dies wohl ursprünglich vom Gesetzgeber vorausgesetzt worden[6]). Dafür spricht zunächst die historische Entwicklung, denn aus dem römischen Wort negotium turpe (wie auch aus dem Wort „Unsittlichkeit") geht der Vorwurf gegen die Persönlichkeit deutlich hervor. Einen weiteren Anhaltspunkt dafür, daß die Frage vom Gesetzgeber bejaht wurde, gibt die Stelle in den Protokollen zum BGB., Bd. 1 S. 123, in der es bezüglich § 138 BGB. als unerläßlich bezeichnet wird, die verwerfliche Gesinnung der Beteiligten nicht außer acht zu lassen[7]).

Es kann nun aber ein Bedeutungswandel eintreten. Es gibt Typen von Handlungen, bei denen in der Regel eine verwerfliche Gesinnung des Handelnden vorausgesetzt werden darf; doch verschließt man sich nicht der Tatsache, daß es im Einzelfall an dieser verwerflichen Gesinnung fehlen kann, ohne daß deshalb die Duldung der Handlung dem Geschädigten eher zumutbar oder die Schadenersatzleistung weniger angebracht erscheint. Wenn in solchen Fällen Rechtsschutz gewährt wird, so ist der Schwerpunkt der Bewertung auf die objektive Seite verlegt. Dieser Bedeutungswandel hat sich wohl in der deutschen Praxis vollzogen. Zweifellos ist dies der Fall in den Fällen der Unterlassungsklage; denn hier ging die Praxis schließlich so weit, einen Sittenverstoß da festzustellen, wo zwar das Rechtsschutzbedürfnis unabweisbar war, wo aber von verwerflicher Gesinnung nicht einmal als regelmäßiger Begleiterscheinung jener Handlung gesprochen werden konnte.

Wenn nun auch demnach die Feststellung verwerflicher Gesinnung nicht mehr unbedingte Voraussetzung für die Rechtsschutzgewährung unter dem Gesichtspunkt des Sittenverstoßes ist, so ist doch keinesfalls die für die rechtliche Reaktion erforderliche Mißbilligung einer Handlung von subjektiven Momenten unabhängig. Die Mißbilligung muß nach den Ausführungen im vorhergehenden Paragraphen einen gewissen Grad erreichen, damit die rechtliche Reaktion geboten erscheint. Welcher Grad von Mißbilligung dazu erforderlich ist, wird verschieden zu beantworten sein je nach der Rechtsfolge, die in Frage steht: Schadenersatzklage, Unterlassungsklage und eine Klage auf Abschluß eines Rechtsgeschäfts (auf welch letztere im übrigen hier nicht näher

---

[6]) Deshalb sind die Vorwürfe, die gegen die deutsche Rechtsprechung wegen der Handhabung jener Blankettbestimmungen erhoben werden, nicht ganz unbegründet; vgl. z. B. Salinger in JW. 1907 S. 4 ff., der geltend macht, es werden in das Gewand der Sittlichkeit Dinge gezwängt, die gar nichts damit zu tun haben; ähnlich Baumbach, Kommentar zum UWG. S. 175.

[7]) Im Anschluß hieran fordern das Reichsgericht in JW. 1904 S. 39 Nr. 5 und Planck in DJZ. 1907 Sp. 7 ff. die Feststellung verwerflicher Gesinnung im Einzelfall.

einzugehen ist) werden verschiedene Grade der Mißbilligung voraussetzen, wobei die Graduntersdiede vor allem in der unterschiedlichen Heranziehung der subjektiven Momente begründet sein werden. Die einzelnen Rechtsfolgen sind daher gesondert zu betrachten, und dabei sind die verschiedenen subjektiven Momente scharf auseinanderzuhalten, nämlich die Kenntnis der Tatumstände, die eigene Wertung des Handelnden und seine Kenntnis von der im Volk herrschenden Wertung.

1. Daß bei der Schadenersatzklage die Kenntnis der Tatumstände, die für die negative Bewertung der objektiven Seite der Handlung erheblich sind, nicht außer Betracht bleiben kann, folgt zwingend aus dem Verschuldensprinzip, das unser ganzes Recht der Deliktsobligationen bezüglich der Schadenersatzklage beherrscht. Es ist nicht anzunehmen, daß das Gesetz dieses Prinzip bei den §§ 826 BGB., 1 UWG. zugunsten einer Erfolgshaftung durchbrechen wollte, und dem käme es gleich, wollte man die Schadenersatzklage auch dann geben, wenn der Handelnde einen erheblichen Tatumstand weder kannte noch kennen konnte. Das Erfordernis der Voraussicht der Schadenszufügung ist als einziges vom Gesetz ausgesprochen, ausdrücklich allerdings nur in § 826 BGB. durch das Wort „vorsätzlich"; aber auch in § 1 UWG. ist es latent enthalten, und zwar in den subjektiven Elementen des Handelns „zu Zwecken des Wettbewerbs", da ja Wettbewerbshandlungen immer andere schädigen oder mindestens dazu geeignet sind[8]). Bezüglich der übrigen objektiven Tatumstände wird ebenfalls meist positive Kenntnis zu verlangen sein; allerdings nicht immer: es mag in manchen Fällen schon bei fahrlässiger Unkenntnis die Mißbilligung der Handlungsweise so stark sein, daß die Folge des Schadenersatzes begehrt wird[9]).

Von der Kenntnis der Tatumstände ist scharf zu scheiden die eigene Wertung des Handelnden. Es ist für die Schadenersatzklage unerheblich, wie der Handelnde sein eigenes Interesse wertet und in welches Wertungsverhältnis er es zu den entgegenstehenden Interessen anderer setzt. In bezug auf die Interessenwertung, die zur negativen Bewertung einer Handlung führt, entscheidet ausschließlich die Ansicht „aller billig und gerecht Denkenden"[10]). Der gute Glaube des Handelnden, zu seinem Handeln berechtigt zu sein, ist unerheblich, wenn er nicht auf einem tatsächlichen Irrtum

---

[8]) Die Frage, ob die erforderliche Voraussicht der Kausalität gegeben ist, mag leichter zu beantworten sein, wenn der Zweck, also die motivierende Erfolgsvorstellung, festzustellen ist; insoweit ist der Zweck im subjektiven Tatbestand von Erheblichkeit, doch beschränkt sich seine Bedeutung auf die eines Indizes.

[9]) Fälle dieser Art behandeln die RGE. 71, 112; 72, 176; vgl. auch Callmann, Kommentar zum UWG. S. 97.

[10]) Das nähere hierüber siehe im folgenden Paragraphen.

beruht, sondern auf einer von der herrschenden Volksanschauung abweichenden Eigenwertung; denn anders kämen gedankenlose, moralisch tiefstehende oder defekte Personen besser weg als Menschen mit normalem Empfinden, und das wäre gegen den Sinn des Gesetzes. Dieselbe Auffassung tritt in der Entscheidung des Reichsgerichts in RGE. 79, 23 zutage; dort ist ausgeführt:

„In der Verblendung eines heftigen Kampfes . . . wird häufig derjenige, der . . ., nicht einsehen, daß sein Ziel und seine Mittel anstößig sind, sondern überzeugt sein, nur sein berechtigtes Interesse auf erlaubtem Wege zu wahren. Der Zweck des § 826, solchen Kampfesauswüchsen entgegenzutreten, . . . würde nicht erreicht werden, wenn dem Täter das Bewußtsein von der Sittenwidrigkeit seines Tuns innewohnen müßte" (ähnlich RGE. 107, 389)[11]).

Daß der Handelnde das sein Verhalten mißbilligende Volksbewußtsein kannte, also bewußt gegen die guten Sitten verstieß, wird regelmäßig der Fall sein, kann aber nicht zur Voraussetzung der Schadenersatzklage gemacht werden. Doch wird man für die Verpflichtung zum Schadenersatz voraussetzen müssen, daß der Handelnde die im Volk herrschenden Wertungen wenigstens kennen konnte, so daß eine der Rechtsgemeinschaft nicht angehörige Person nur dann wegen Sittenverstoßes verurteilt werden kann, wenn sie Gelegenheit hatte, sich mit den Anschauungen der Rechtsgemeinschaft vertraut zu machen.

2. Ein geringerer Grad von Mißbilligung genügt, um die rechtliche Reaktion in Form der Verurteilung zur Unterlassung als angebracht erscheinen zu lassen.

Ist schon bei der Schadenersatzklage die eigene Interessenwertung des Handelnden für unerheblich erklärt worden, so gilt das erst recht für die Unterlassungsklage. Im Gegensatz zur Schadenersatzklage wird hier auch nicht das Kennenmüssen der Volksanschauung zu verlangen sein; doch mag die Wiederholungsgefahr ausgeschlossen erscheinen, wenn die Möglichkeit einer Aufklärung des Handelnden besteht.

Fraglich aber ist bei der Unterlassungsklage, inwieweit Kenntnis der Tatumstände, insbesondere das Bewußtsein der

[11]) Der vom Reichsgericht gebrauchte Ausdruck „Bewußtsein der Sittenwidrigkeit" ist insofern nicht ganz klar, als sich dahinter zwei Gedanken verstecken können. Er kann zunächst bedeuten, daß der Handelnde selbst sein Vorgehen negativ bewertete, also bewußt gegen sein eigenes Rechtsempfinden oder Gewissen handelte; das ist der soeben behandelte Gesichtspunkt. Der Ausdruck kann aber auch bedeuten, daß der Handelnde die seine Handlung mißbilligende Anschauung des Volkes kannte und zu ihr bewußt sich in Widerspruch setzte. Dieser Gesichtspunkt ist im folgenden Absatz behandelt. Beide Arten des Bewußtseins der Sittenwidrigkeit treffen nicht immer zusammen, so dann nicht, wenn das Wertungsbewußtsein des Handelnden von der durchschnittlichen Volksanschauung abweicht.

Kausalität zu verlangen ist. In der Praxis hat sich die Übung herausgebildet, ohne Rücksicht auf subjektive Momente die Entscheidung darauf abzustellen, ob dem Geschädigten die Duldung des Verhaltens zugemutet werden kann. Gewährt man aber aus praktischen Bedürfnissen heraus Rechtsschutz auch in solchen Fällen, in denen der Handelnde die erheblichen objektiven Tatumstände nicht einmal kennen konnte, so hat man dafür keinen Anhaltspunkt mehr im Gesetz; denn zur Annahme eines Sittenverstoßes muß mindestens ein gewisser Grad von subjektiver Vorwerfbarkeit gegeben sein. Wo also nicht einmal Fahrlässigkeit in bezug auf die Unkenntnis der Tatumstände vorliegt, hat man es mit einer Rechtsprechung praeter legem zu tun.

Es ist aber bedenklich, diese Rechtsfortbildung unter die Normen über den Sittenverstoß einzuordnen, weil dadurch die Gefahr einer unberechtigten Ehrenminderung begründet wird[12]). Für diese Fälle der Rechtsprechung praeter legem dürfte es sich empfehlen, sie unter die Denk- und Darstellungsform zu bringen, daß ein subjektives Recht, etwa ein Persönlichkeitsrecht oder ein Recht am Unternehmen, verletzt sei[13]). Nur muß man sich dabei bewußt bleiben, daß dieses „Recht" nur eine Funktion als Ordnungsbegriff hat und darf nicht aus ihm im Wege logischer Deduktion weitere Wertungen ableiten.

§ 7

Inwieweit beruht die Feststellung eines Sittenverstoßes auf kognitivem Denken, inwieweit auf Eigenwertung?

Wenn der Richter ein bestimmtes menschliches Verhalten daraufhin zu prüfen hat, ob es gegen die guten Sitten verstößt, so kann er zunächst zweifellos im Wege kognitiven Denkens feststellen, ob dieses Verhalten den tatsächlichen Gepflogenheiten der Gemeinschaft oder eines bestimmten Personenkreises entspricht. Allein das Gesetz verweist nicht auf die Sitte allein, sondern auf die guten Sitten, also auch auf Wertungen.

Hier erhebt sich die Frage, auf welche Wertungen das Gesetz verweist. Sicherlich darf nicht die eigene, womöglich erst bei der Behandlung des Einzelfalls gewonnene Wertung des Richters schlechthin maßgebend sein; denn wenn der Richter in diesem Sinne souveräner Gesetzgeber für den Einzelfall wäre, so könnte unter Umständen das sicher nicht wünschenswerte Ergebnis ein-

[12]) Dieser Gesichtspunkt hat Rosenthal, Kommentar zum UWG., Note 17 zu § 1, veranlaßt, neben den eigentlich sittenwidrigen Handlungen eine „neutrale Zone" nur rechtswidriger Handlungen anzunehmen.

[13]) Vgl. hierüber die Ausführungen am Schluß von § 3.

treten, daß der Richter bei der Feststellung eines Sittenverstoßes eine Norm als übertreten bezeichnet, die im Moment der Übertretungshandlung noch gar nicht bestand[1]). Die herrschende Lehre vertritt in mancherlei sachlich gleichbedeutenden Wendungen[2]) den Standpunkt, daß die Wertung aller billig und gerecht Denkenden, das herrschende Volksbewußtsein der Beurteilung zugrunde zu legen sei.

Was bedeutet das? Der Richter wird zunächst im Wege empirischen Erkennens sich klarmachen müssen, welche Wertungen bei anderen Mitgliedern der Rechtsgemeinschaft vorhanden sind. Dabei kann sich ergeben, daß die große Masse des Volkes aller Schichten gleichmäßig dieselbe Wertung trifft. Diese Feststellung wird aber nicht immer möglich sein, da Klarheit und Differenzierung des Wertungsbewußtseins in den einzelnen Menschen verschieden und die Wertungen inhaltlich bei jedem Menschen verschieden nuanciert sind. Wenn aus diesen Gründen ein allgemeines Volksbewußtsein nicht festgestellt werden kann, so kann, ebenfalls im Wege kognitiven Denkens, die Erkenntnis möglich sein, wie bestimmte Leute werten, deren Persönlichkeit einer bestimmten positiven Wertung durch die Allgemeinheit untersteht, also die Kreise, die Beling[3]) als die „führende Schicht" bezeichnet[4]). Ergibt sich eine übereinstimmende Wertung dieser Schicht, so wird der Richter an sie gebunden sein.

Es wird nun allerdings von manchen Seiten[5]) bestritten, daß die Feststellung der Wertung aller billig und gerecht Denkenden bei der Beurteilung eines Einzelfalls in dem angedeuteten Sinn möglich sei; ein herrschendes Volksbewußtsein könne sich nämlich immer nur über Typen von Handlungen bilden, nicht aber über den konkreten Einzelfall, der in seiner historischen Bedingtheit etwas Einmaliges sei. Daraus wird dann gefolgert, daß bei der Feststellung eines Sittenverstoßes immer ausschließlich die eigene Wertung des Richters entscheide. In einer Hinsicht haben die

---

[1]) Vgl. Stammler, Richtiges Recht, S. 118.

[2]) Eine Zusammenstellung hiervon findet sich bei Rümelin, Festschr. f. Haering, S. 140.

[3]) Festschrift für Heck, Rümelin, Schmidt, S. 1 ff., insbes. S. 15.

[4]) Der Begriff der führenden Schicht ist hier jedoch nur zutreffend, wenn darunter nicht diejenigen zusammengefaßt werden, die durch äußere Machtmittel, in heutiger Zeit besonders Geldmittel, eine hervorragende Stellung einnehmen; es muß sich um die Schicht handeln, die Träger des geistigen und kulturellen Lebens sind und als solche auch von der großen Masse in der Gemeinschaft anerkannt werden.

[5]) So besonders Salinger, in JW. 1907, S. 4 ff.; ihm schließt sich an Rosenthal, in Leipz. Ztschr. 1919, Sp. 517; ähnlich neuerdings Kaiser, in M. u. W. 1930, S. 391.

Vertreter dieser Meinung recht: damit über den konkreten Fall sich ein herrschendes Volksbewußtsein bilden kann, muß er genau so schon vorher mehrmals in Erscheinung getreten sein[6]); dies wird selten der Fall sein. Allein bei der Schlußfolgerung aus dieser Feststellung wird folgendes übersehen: es kann doch aus feststehenden Wertungen der Gemeinschaft oder der führenden Schicht[7]) bezüglich ähnlich liegender Fälle absolut eindeutig hervorgehen, wie die in dem zu beurteilenden Fall gegenüberstehenden Interessen von „allen billig und gerecht Denkenden" bewertet werden. Wenn derart die Rangordnung der Interessenwertungen feststeht, so ist dem Richter die Beurteilung des Einzelfalls eindeutig vorgezeichnet und man kann nicht sagen, daß hier seine eigene Wertung ausschlaggebend sei. In besonders eigenartig gelagerten Fällen kann es freilich häufig an einer unmittelbar einschlagenden Wertung der Gemeinschaft fehlen; hier geht die Tätigkeit des Richters in Eigenwertung über, die aber keine willkürliche sein darf: sie hat sich an allgemeineren Wertungen der Gemeinschaft zu orientieren[8]). Ob der Richter dabei die, vielleicht unbewußten, geistigen Grundlagen der Gemeinschaft erspürt und an sie anknüpft, ohne unvermittelte, der Gemeinschaft wesensfremde Gedanken in sie hineinzutragen, das ist in solchen Fällen das Geheimnis der Anerkennung und Wirksamkeit der Rechtsprechung[9]). Für die überwiegende Mehrzahl aller Fälle kann aber

---

[6]) Vgl. Rümelin, Arch. f. ziv. Pr. Bd. 122, S. 278.

[7]) Vgl. darüber, daß es solche gemeinsamen Wertungen gibt, auch bevor es zur Gewohnheitsrechtsbildung gekommen ist, Rümelin, Arch. f. ziv. Pr. Bd. 122, S. 285 ff.

[8]) Vgl. Rümelin, Arch. f. ziv. Pr. Bd. 122, S. 286.

[9]) In den Fällen, wo ein völlig neuartiges Interesse zu bewerten ist, das, weil es zum erstenmal auftaucht, von der Gemeinschaft noch nicht unmittelbar bewertet wurde und dessen Bewertung auch nicht durch Analogieschlüsse und durch Zurückgehen auf letzte Zwecksetzungen der Gemeinschaft mittelbar abzuleiten ist, da hat allein die Wertung des Richters maßgebend zu sein. Wollte man hier dem Richter verbieten, einen Sittenverstoß festzustellen, weil die Anwendung der §§ 826 BGB., 1 UWG. eine bestehende Wertung voraussetze, so würde man damit vereiteln, was der Gesetzgeber mit der Aufnahme jener Blankettbestimmungen ins Gesetz bezweckte, nämlich die Anpassung des Rechts an die zahllose Vielheit wechselnder Lebenserscheinungen. Die Aufgabe des Richters in einer differenzierten Gemeinschaft kann nicht darauf beschränkt sein, empirisch festzustellen, wie andere werten; seine Aufgabe ist auch, erzieherisch am Recht zu bilden und zu feilen oder, um mit Smend zu reden, das zu integrieren, was erst, wenn es Vergangenheit geworden ist, Gegenstand ausschließlich empirischen Erkennens sein kann.

die Möglichkeit einer empirisch festzustellenden Wertung durch das herrschende Volksbewußtsein oder durch die führende Schicht nicht geleugnet werden.

Häufig wird es nun freilich der Fall sein, daß zwar im Volk bzw. in der führenden Schicht unmittelbar einschlagende Wertungen vorhanden sind, daß diese aber infolge verschiedener weltanschaulicher Einstellung nicht allgemein sind, sondern inhaltlich auseinandergehen. So wird z. B. bei Konflikten im sozialpolitischen Kampf die Wertung der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer bezüglich einer bestimmten Kampfhandlung häufig verschieden sein. Diese Feststellung erfolgt auf dem Wege kognitiven Denkens. Hier hat nun ebenfalls die Eigenwertung des Beurteilenden einzusetzen, die freilich auch hier eine gebundene ist. Wie in den Fällen, wo eine unmittelbar einschlagende Norm fehlt, hat der Richter auch hier wenn möglich auf allgemein anerkannte Wertungen zurückzugreifen, aus denen für den strittigen Fall eine bestimmte Wertung folgt. Insbesondere kann sich eine Entscheidung daraus ergeben, daß eine bestimmte Wertung notwendig ist zur Erreichung eines allgemein anerkannten Zwecks. Ist eine bestimmte Rangordnung der Zwecke aber nicht allgemein anerkannt, so kann es dem Richter geboten sein, diese selbst zu treffen, wenn es ein oberster Zweck des Rechts, etwa die Sicherung der Lebensbedingungen der Gemeinschaft, erfordert[10]); andernfalls aber wird der Richter, wenn er den Schein der Parteilichkeit vermeiden will, zu dem Ergebnis kommen müssen, daß ein Verstoß gegen die guten Sitten nicht festgestellt werden könne[11]).

Wo nach den bisherigen Ausführungen der Richter auf letzte Wertungen zurückzugehen und die Frage nach der Rangordnung der Zwecke zu stellen hat, wird er alle die Zwecke als allgemein anerkannt anzusehen haben, die in Gesetzen oder Verordnungen eindeutig als maßgebend zum Ausdruck gekommen sind. Vor allem aber mögen ihm in unserer innerlich zerrissenen Rechtsgemeinschaft die Wertungen als Richtlinien dienen, die im zweiten Teil der Reichsverfassung ihren Niederschlag gefunden haben. Zwar werden vielfach diese Wertungen als irrelevante Programmsätze bezeichnet, manche Wendung, so z. B. Art. 164, mag auch im Bewußtsein ihrer Bedeutungslosigkeit aus edler Freigebigkeit eingefügt worden sein; in vielen Sätzen drückt sich aber doch ein Ausgleich der Gegensätze aus und an ihnen muß sich der Richter im Interesse der Kontinuität der Rechtsprechung orientieren. Dies gilt besonders in Fragen des Wirtschaftsrechts, wo, wie schon in der Einleitung erwähnt, Ziele und Wege vielfach unklar sind. Mit Bezug auf den in wirtschaft-

[10]) Vgl. Rümelin, Arch. f. ziv. Pr. Bd. 122, S. 286.
[11]) Vgl. Rümelin, Arch. f. ziv. Pr. Bd. 122, S. 288.

licher Hinsicht wichtigsten Artikel der Reichsverfassung, den Art. 151, führt Lehmann[12]) aus:

„Grundrechte — selbst wenn im Bereich des technischen Spezialrechts ohne alle unmittelbare Geltung — haben doch wenigstens als Auslegungsregel für das spezielle Recht im Sinn des zugrunde gelegten Kultursystems zu gelten. Mindestens in diesem Sinne seien sie Richtschnur für die Verfassung, Gesetzgebung und Verwaltung."

„Überall da, wo das Gesetz auf die guten Sitten oder Treu und Glauben verweist . . ., bedeutet Abs. 1 des Art. 151 RV. die Aufforderung an den Richter, die Entscheidung im Einklang mit den Grundsätzen der Gerechtikeit, so wie durch Abs. 1 anerkannt, zu treffen."

Auch Smend[13]) hat sich für eine derartige Anwendung der Grundrechtsnormen ausgesprochen, ebenso Rümelin[14]).

Nur wenn die hier vertretene Auffassung geteilt wird, besteht in nicht speziell geregelten Fragen des Wirtschaftsrechts die Möglichkeit einer einigermaßen gleichmäßigen Rechtsprechung. Das Kontinuitätsinteresse verlangt, daß die in der Reichsverfassung niedergelegten allgemeinen Wertungen, ungeachtet einer etwaigen Verschiebung des politischen Kräfteverhältnisses im Reichstag, so lange beachtet werden, als nicht durch gesetzliche Bestimmungen als bewiesen angesehen werden kann, daß diese Wertungen der Reichsverfassung nicht mehr die herrschende Anschauung der Gemeinschaft wiedergeben.

---

[12]) In „Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung", hrsg. von Nipperdey, zu Art. 151.

[13]) „Verfassung und Verfassungsrecht", S. 128.

[14]) Gleichheit vor dem Gesetz, S. 30 und 56.

B. Die verschiedenen Fälle

Aus den im allgemeinen Teil dieses Abschnitts gemachten Ausführungen ergibt sich, daß bei der Frage der Sittenwidrigkeit einer Handlung alle Nüancen und Schattierungen des Einzelfalls maßgebend sind. Dies bedarf am Anfang des besonderen Teils ausdrücklicher Feststellung, um die Bedeutung zu klären, die eine Betrachtung von Einzelfällen bestenfalls haben kann. Es kann sich im folgenden nicht darum handeln, scharf und eindeutig umrissene Tatbestände herauszuarbeiten; denn es wird sich kaum ein Tatbestand so exakt formulieren lassen, daß nicht gelegentlich im Einzelfall doch eine abweichende Beurteilung am Platze sein könnte. Zweck der folgenden Ausführungen ist daher nur, die Gesichtspunkte klarzustellen, die bei Beurteilung des Einzelfalls zu berücksichtigen sind, denen aber nur die Bedeutung von allgemeinen Richtlinien zukommt.

Zunächst sollen kurz die Gesichtspunkte erwähnt werden, unter denen eine Preisunterbietung wegen besonderer, hinzukommender Momente für sittenwidrig erachtet werden kann; doch ist eine erschöpfende Behandlung dieser Probleme wegen ihrer Uferlosigkeit hier nicht am Platze; in der ersten Abteilung dieses Abschnitts können daher nur Andeutungen gegeben werden. In der zweiten Abteilung soll dann das eigentliche Problem dieser Arbeit behandelt werden, nämlich die Frage der Sittenwidrigkeit einer Preisunterbietung als solcher, bei Fehlen besonderer, hinzukommender Momente.

Erste Abteilung

§ 8

Selbständige sittenwidrige Tatbestände, welche die Preisunterbietung ermöglichen oder in Verbindung mit ihr treten

I. Preisunterbietung in Verbindung mit Vertragsuntreue

Hier sind zwei Fälle zu scheiden, je nachdem der Unterbietende selbst die Vertragstreue gebrochen hat oder Beteiligung am Vertragsbruch eines Dritten vorliegt.

1. Eigene Vertragsuntreue. Ein Vertragsbruch ist zwar eine rechtswidrige, jedoch nicht ohne weiteres eine sittenwidrige Handlung[1]). Pinzger[2]) führt hierzu treffend aus:

> „Grundlage der gesamten Erörterung muß die Feststellung sein, daß weder die Verletzung eigener, obligatorischer Vertragspflichten noch die Nichtachtung fremder vertraglicher Verpflichtungen allgemein und ohne weiteres einen Verstoß gegen die guten Sitten bedeuten. Es muß also ein Moment zu dieser Nichtachtung hinzukommen, das die an sich neutrale (?) Handlung zur unsittlichen stempelt."

Regelmäßig wird es nicht der Vertragspartner sein, der die Sittenwidrigkeit des Vertragsbruchs darzutun bestrebt ist, denn ihm stehen ja die Rechtsmittel des Vertragsrechts zu; vielmehr werden es überwiegend an der Obligation nicht Beteiligte sein, die unter Behauptung der Sittenwidrigkeit Rechtsschutz verlangen[3]). Und meist wird es die Schädigung solcher Nichtbeteiligten sein, die das besondere Moment darstellt, das die Sittenwidrigkeit begründet.

Ein Zusammenhang zwischen Unterbietung und Vertragsbruch ist zunächst in der Weise denkbar, daß ein Vertragsbruch die billigere Produktion ermöglicht hat, z. B. ein ungünstiger Einkauf wird zugunsten eines günstigeren nicht eingehalten; eine Abrede über die Bezahlung der Arbeitskräfte wird gebrochen[4]). Diese Momente erscheinen nicht geeignet, die Sittenwidrigkeit einer

---

[1]) Vgl. Baumbach, Komm. z. UWG. S. 521; Callmann, Komm. z. UWG. S. 100; Rosenthal, Komm. z. UWG. S. 203.

[2]) Kartellrundschau 1928, S. 345.

[3]) Vgl. den weiten Kreis der gemäß § 13 I UWG. aktiv Legitimierten.

[4]) Über den Fall des Tarifbruchs s. u. II.

dadurch ermöglichten Preisunterbietung zu begründen, denn der Unterbietende hat freiwillig die gebrochenen Verträge eingegangen: so mag es ihm überlassen bleiben, ob er sie einhalten oder die Folgen der Nichterfüllung auf sich nehmen will; ein Vertrauen Dritter auf die Einhaltung jener Verträge ist ja nicht ersichtlich. Wenn dagegen ein Vertragsbruch beabsichtigt ist, gerade hinsichtlich des Vertrags, bei dessen Abschluß die Unterbietung stattfindet[5]) und bei dem die Unterbietung durch vertragswidrige Schlechterfüllung ausgeglichen werden soll, so mag dadurch die Unterbietung selbst als sittenwidrig erscheinen.

Häufiger und schwieriger sind die Fälle, in denen gerade die Unterbietung einer vertraglichen Verpflichtung zuwiderläuft. Solche Verpflichtungen hinsichtlich der Preisstellung können den Konkurrenten gegenüber (Kartellbruch) oder den Lieferanten gegenüber (Preisschleudern mit Markenartikeln) bestehen.

a) Soll die einer Kartellabrede zuwiderlaufende Unterbietung als Verstoß gegen die guten Sitten erscheinen, so müssen nicht nur die Interessen der Vertragsbeteiligten, die ja vertraglich gesichert sind, verletzt sein und nicht nur die Interessen der Außenseiter, die zwar am Unterbleiben der Unterbietung interessiert, aber nicht in schutzwürdiger Weise interessiert sind. Vielmehr wird eine Verletzung berechtigter Interessen nicht vertragsbeteiligter Kreise hinzukommen müssen. Dies ist zunächst der Fall, wenn jedes Kartellmitglied einen gewissen, durch Treuereverse gebundenen Abnehmerkreis zugewiesen bekommen hat, die Abnehmer (Weiterverkäufer) aber in freiem Wettbewerb miteinander stehen; hier sind die Interessen der Abnehmer der vertragstreuen Kartellmitglieder durch die Unterbietung derart gefährdet, daß die letztere gegen die guten Sitten verstößt; doch wird dazu ein gewisser Umfang der vertragswidrigen Lieferungen, ja sogar Planmäßigkeit der Unterbietung erforderlich sein. Auch ohne diese Voraussetzung kann die Unterbietung wegen Verletzung des allgemeinen Interesses an der Aufrechterhaltung der Geschäftsmoral als sittenwidrig erscheinen, wenn nämlich der Unterbietende hinterlistig den Schein der Vertragstreue zu wahren versucht und damit den übrigen Kartellmitgliedern die Möglichkeit der Reaktion nimmt, die ihnen bei offener Lossagung vom Vertrag zur Verfügung steht (vgl. RGE. 120, 49).

b) Die Frage des Preisschleuderns mit Markenartikeln[6]) ist ein in der Literatur überreichlich abgehandeltes Problem. Un-

[5]) Ein Fall, den Nipperdey, in Wettbewerb und Existenzvernichtung S. 24 erwähnt.

[6]) Vgl. die Legaldefinition des Begriffs Markenartikel in der Verordnung des Reichswirtschaftsministers vom 16. Januar 1931.

bedingte Voraussetzung der Sittenwidrigkeit ist die Gültigkeit der Reversverpflichtung, die bei unbilliger Hochhaltung der Preise gemäß § 138 BGB. nichtig sein kann[7]). Überwiegend wird die Sittenwidrigkeit bejaht, wenn es sich um eine planmäßige Maßnahme handelt und nicht nur um eine unbedeutende Abweichung von den vorgeschriebenen Preisen in Einzelfällen aus Gefälligkeit. Sicher nicht stichhaltig ist der von Goldbaum[8]) für die Ablehnung der Sittenwidrigkeit angeführte Grund, daß nämlich das Preisschleudern einen Nutzen für die Allgemeinheit bringe. Gegen die Berücksichtigung dieses Gedankens spricht, daß nur die vereinzelte Vertragsuntreue dieser Art der Allgemeinheit dauernd nützt, daß es aber wegen der Gefahr verheerender Konkurrenzkämpfe und wegen der Lockerung der Geschäftsmoral für die Allgemeinheit höchst schädlich wäre, wenn allgemein und auf die Dauer die Preisbindungen mißachtet würden[9]). Als Grund der Sittenwidrigkeit wird von den meisten[10]) angegeben, daß der Vertragsbrüchige durch die Unterbietung beim Publikum den falschen Anschein größerer eigener Leistungsfähigkeit erweckt und dadurch in ungerechtfertigter Weise seine Konkurrenten schädigt. Es wird jedoch zu erwägen sein, ob nicht nur die Schädigung der ebenfalls reversgebundenen Konkurrenten die Sittenwidrigkeit begründet, so daß diese entfiele, wenn im konkreten Fall eine Konkurrenz nicht mit ebenfalls reversgebundenen, sondern nur mit außerhalb des Reverssystems stehenden Konkurrenten denkbar ist; letztere haben ja nicht im Vertrauen auf die Bindung anderer Konkurrenten selbst eine Bindung eingegangen, so daß ihre Interessen nicht ebenso schutzwürdig erscheinen.

2. Ausnützung fremden Vertragsbruchs. Als Grundlage für die Behandlung der Frage, ob das Verhalten eines nicht Vertragsbeteiligten wegen Eingriffs in Obligationen anderer Personen sittenwidrig ist, mögen die Ausführungen des OLG. Kiel[11]) dienen, das darlegt:

„Bei dieser Frage ist der Ausgangspunkt zu berücksichtigen; denn die Frage, ob jemand im Rechtsleben gehalten ist, die zwischen andern Personen bestehenden rechtlichen Vereinbarungen gegen sich gelten zu lassen, ist in erster Linie keine Frage der Moral, sondern eine Frage des Rechts. Man darf die maßgebenden Grund-

---

[7]) Vgl. RGE. 120, 51; Elster, GRUR. 1931, S. 215 ff.

[8]) GRUR. 1927, S. 781.

[9]) Vgl. hierzu Elster, GRUR. 1931, S. 216 (mit Nachweisen aus der Praxis).

[10]) Vgl. z. B. Callmann, Kommentar zum UWG., S. 148.

[11]) M. u. W. 1915/16, S. 96.

sätze nicht dadurch ihrer Bedeutung entkleiden, daß man ein Gebot, von dessen Aufstellung die Rechtsordnung aus wohlerwogenen Gründen abgesehen hat, als Moralgebot in das praktische Leben wieder einführt."

Beim „Preisschleudern mit Markenartikeln" wurde die Frage der Sittenwidrigkeit der Ausnützung fremden Vertragsbruchs am eingehendsten behandelt. Hat der Unterbietende die Unterbietung dadurch ermöglicht, daß er einen reversgebundenen Abnehmer zur Vertragsuntreue verleitete, so ist seine Unterbietung nach nahezu unbestrittener Ansicht sittenwidrig[12]). Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob die Unterbietung auch dann gegen die guten Sitten verstößt, wenn die „verschleuderten" Waren durch einen Vertragsbruch erlangt wurden, wenn aber der schleudernde Erwerber nicht den Anlaß zum Vertragsbruch gegeben hat. Hier sind die Meinungen geteilt. Wenn der Erwerber positiv weiß, daß er von einem Vertragsbrüchigen erwirbt, wird überwiegend die Sittenwidrigkeit ohne weiteres bejaht, da das Abnehmen der Ware als erhebliche Mitschuld am Vertragsbruch betrachtet wird. In dem Fall, daß der Schleuderer vom Vertragsbruch seines Lieferanten keine exakte Kenntnis hatte, soll er dennoch sittenwidrig handeln, wenn er das „bedingte Bewußtsein" von der Möglichkeit eines Vertragsbruchs hatte[13]); dieser Auffassung kann beigetreten werden; jedoch muß gegenüber der nicht eindeutigen Definition von Callmann (vgl. Anm. 13) darauf hingewiesen werden, daß man von „bedingtem Bewußtsein" nur dann reden kann, wenn der Schleuderer positiv mit der Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit einer Preisbindung rechnete (vgl. RGE. 88, 9), nicht aber in dem Fall, daß er nur damit rechnen mußte; unbewußte Fahrlässigkeit genügt also nicht.

Zweifel können auftauchen hinsichtlich der Frage, ob auch dann sittenwidriges Preisschleudern vorliegt, wenn der Schleuderer erst nach dem Erwerb vom Vertragsbruch seines Lieferanten Kenntnis erhält und vorher auch nicht das bedingte Bewußtsein von diesem Vertragsbruch hatte. Die Frage ist m. E. zu verneinen, da anders der Grund nicht ersichtlich ist, warum die Schleuderei des Erwerbers als nicht gesollt anzusehen wäre. Dasselbe gilt wohl von dem Fall, daß der Schleuderer nicht von einem Vertragsbrüchigen selbst, sondern von einem Zwischenhändler erwirbt und nicht positiv weiß, daß derselbe die Waren auf sittenwidrige Weise erworben hat. Wollte man dem zweiten Erwerber die Prüfung der Gutgläubigkeit des Ersterwerbers bei seinem Erwerb zur Pflicht machen, so würde das zu einer viel zu starken Hemmung des Verkehrs führen.

---

[12]) Vgl. die Kommentare zum UWG. von Callmann, Rosenthal und Baumbach; ferner z. B. RGE. 81, 86.

[13]) Vgl. Callmann, Kommentar zum UWG., Note 98 zu § 1.

Zweifelhaft ist die Frage, inwieweit eine Unterlassungsklage gegen den Schleuderer unter erleichterten Voraussetzungen zu geben ist. Man könnte daran denken, bei Nachweis der Lückenlosigkeit des Reverssystems dem Fabrikanten eine solche Klage gegen jeden zu geben, der seine Artikel unter dem von ihm festgesetzten Preise verkauft. Dem steht jedoch entgegen, daß dem Fabrikanten nicht immer „unzumutbar" ist, die eine oder andere Unterschreitung der von ihm festgesetzten Preise zu dulden; wenn der Schleuderer beim direkten Erwerb oder beim Erwerb von einem Zwischenhändler völlig gutgläubig war, so ist nicht einzusehen, warum seine Schleuderei zu dulden dem Fabrikanten nicht zugemutet werden könnte. Somit fehlt ein Moment, das über die bereits behandelten Fälle hinaus die Rechtswidrigkeit des Preisschleuderns mit Markenartikeln irgendwie klar faßbar begründen könnte.

Eine Änderung der Behandlung des Preisschleuderns mit Markenartikeln erscheint auch nach der Verordnung des Reichswirtschaftsministers vom 16. Januar 1931 bezüglich Preisbindungen bei Markenwaren nicht angezeigt, sofern nicht gerade die in Frage stehende Bindung gemäß dieser Verordnung nichtig ist. In der im Rahmen der Preissenkungsaktion erlassenen Verordnung kann wohl kaum ein gesetzlicher Niederschlag veränderter Wertungstendenzen gefunden werden; wenn die Verordnung die Preisbindung in bestimmtem Umfang als rechtswirksam aufrechterhält, so kann sie nicht innerhalb dieses Rahmens der Ausdruck einer laxeren Auffassung gegenüber Vertragsbrüchen sein.

Dieselben Erwägungen, wie beim Preisschleudern mit Markenartikeln, greifen je nach den Umständen bei solchen Unterbietungen Platz, die durch Beteiligung an einem Kartellbruch ermöglicht wurden, also insbesondere bei Verleitung zum Kartellbruch oder bei bewußter Ausnützung eines solchen. Doch wird, da mit der Möglichkeit von kartellmäßigen Preisbindungen im Verkehrsleben weniger gerechnet wird, das bedingte Bewußtsein vom Kartellbruch des Lieferanten hier nicht immer genügen.

II. Preisunterbietung, die ermöglicht ist durch gesetzwidrige Handlungen

Daß die Selbstkosten durch gesetzwidrige Handlungen niedergehalten werden, ist in verschiedener Weise denkbar: z. B. wenn das Rohmaterial durch Schmuggel beschafft wird; wenn entgegen einem für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrag die Arbeitskräfte zu niedrig bezahlt werden; wenn die Betriebsführung durch Steuerbetrug oder Umgehung der Soziallasten verbilligt wird; wenn kostspielige, aber gesetzlich vorgeschriebene Sicherheitseinrichtungen nicht getroffen werden, oder endlich, wenn

auf gesetzwidrigem Wege, etwa durch Erfüllung der Tatbestände der §§ 17 ff. UWG., Möglichkeiten zur Verbilligung des Produktionsprozesses geschaffen werden.

Zweifellos erscheint der Vorsprung, den das Niederhalten der Selbstkosten durch die aufgezeigten Maßnahmen dem Betreffenden im Wettbewerbskampf gewährt, dem natürlichen Rechtsempfinden als unbegründet. Dennoch sind Bedenken am Platze, eine Preisunterbietung wegen solcher Handlungen schlechthin für sittenwidrig zu erachten. Kohler[14]) schließt die Berücksichtigung der der Preisstellung vorhergehenden Akte mit der Begründung aus, daß eine Durchforschung der gesamten Produktionsmethode eines Gewerbetreibenden einer Verneinung der Privatwirtschaft gleichkäme; eine Ausnahme solle nur gelten, wenn eine Verselbständigung der Preisstellung gegenüber den vorhergehenden Akten nicht möglich sei. Den richtigen Gesichtspunkt hat wohl Callmann[15]) aufgedeckt, der eine sittenwidrige Handlung dann annimmt, wenn die Gesetzwidrigkeit gewissermaßen zum Kalkulationsfaktor geworden ist.

Das Reichsgericht hat in RGE. 117, 16 das Verhalten eines Unternehmers als unlauter bezeichnet, der seine Angestellten untertariflich bezahlte, und es dabei (vgl. S. 22 dieser Entscheidung) als unerheblich erklärt, ob die untertarifliche Bezahlung selbst eine sittenwidrige Handlung sei. Gerade wegen der letzteren Erklärung darf angenommen werden, daß nicht die besondere sozialpolitische Bedeutung des Tariflohns der essentielle Grund für die Annahme der Sittenwidrigkeit war und daß das Reichsgericht auch in anderen Fällen Schutz gewähren würde, in denen die Selbstkosten durch gesetzwidrige Akte niedergehalten und die letzteren gewissermaßen zum Kalkulationsfaktor werden. Die Unterlassungsklage wird dabei nicht nur wie im Fall der RGE. 117, 16 auf Unterlassung der gesetzwidrigen Einsparungen selbst gerichtet werden können, sondern in einzelnen Fällen auch auf Unterlassung der Unterbietungen, die nachweislich durch solche Akte ermöglicht sind.

Auch bei bloßer Sittenwidrigkeit hinsichtlich eines für die Preisgestaltung erheblichen Aktes — etwa Bezahlung von Hungerlöhnen im tariflosen Zustand — wird die Sittenwidrigkeit einer Unterbietung unter den angedeuteten Voraussetzungen anzunehmen sein. Der Charakter der sittenwidrigen Handlung als Kalkulationsfaktor wird aber im allgemeinen zu verneinen sein, wenn nur die Absicht bestand, durch die sittenwidrigen Handlungen die Gewinnspanne zu erweitern, und nicht eine Senkung der Preise erstrebt wurde.

---

[14]) Unlauterer Wettbewerb, S. 28 ff.
[15]) Komm. z. UWG., S. 38,

III. Ausbeutung fremder Arbeitsleistung

Auch unter dem Gesichtspunkt der Ausbeutung fremder Arbeitsleistung kann eine Preisunterbietung sittenwidrig sein. Es ist hier nicht der Platz, die gesamte Problematik dieses Gesichtspunktes zu erörtern, zumal seine Bedeutung für die Preisunterbietung nur eine geringe ist. Hierher gehört etwa der Fall, daß ein Konkurrent überall, wo ein anderer anbietet, ebenfalls ein Angebot unter geringfügiger Unterbietung des anderen macht[16]); ferner gehört hierher der Fall, daß jemand die Preisliste eines Konkurrenten unter Einsetzung von etwas geringeren Preisen genau nachahmt oder seine Kollektion imitiert und sie mit etwas gesenkten Preisen als seine eigene ausgibt[17]).

IV. Persönliche Reklame und Täuschung des Publikums

Der Gesichtspunkt der persönlichen Reklame und der Täuschung des Publikums kann ebenfalls in Verbindung mit einer Preisunterbietung erheblich werden. Dies ist zunächst denkbar in dem Fall, daß die Preise zunächst heraufgesetzt werden und von den also heraufgesetzten Preisen Rabattgewährung erfolgt, um den Anschein besonderer Billigkeit zu erwecken (vgl. RGE. 78, 196), ein Fall, in dem es sich allerdings eventuell nur um den Anschein einer Unterbietung handeln kann. Auch der Fall ist hierher zu zählen, daß die Unterbietung in einer Weise vorgenommen wird, durch die die Angemessenheit der Preise der Konkurrenz bezweifelt oder unrichtigerweise die besondere Billigkeit der eigenen Waren behauptet wird[18]). Nach RGE. 116, 281 ist wegen der Gefahr, daß die unparteiische Vergleichung der Leistung der Konkurrenten zugunsten des eigenen Geschäfts verhindert werde, schon die Vergleichung allein unabhängig von der Täuschungsabsicht sittenwidrig, da die Grundlagen für ein objektives Urteil der Preisangaben sonst einseitig von einem Konkurrenten beschafft würden.

V. Unzulässige Bindung durch Treurabatte

Denkbar ist es auch, daß eine Unterbietung dadurch sittenwidrig wird, daß an die Bewilligung der niedrigeren Preise als Bedingung eine übermäßige Bindung des Abnehmers gegenüber dem Lieferanten geknüpft ist. In diesen Fällen wird zwar in

---

[16]) Diesen Fall führt Nipperdey, Wettbewerb und Existenzvernichtung, S. 25 an.

[17]) Vgl. Callmann, Note 52 zu § 1 UWG.; einen ähnlichen Fall erwähnt Rosenthal in Note 50b zu § 1 UWG.

[18]) Vgl. Rosenthal, Note 50b zu § 1 UWG.

erster Linie der die Treuverpflichtung begründende Vertrag gemäß § 138 BGB. nichtig sein, wenn etwa eine Bindung auf übermäßig lange Zeit oder unter Androhung extrem harter Strafen gesichert wird; doch kann der Abschluß solcher Treuverträge unter Umständen zugleich eine unlautere Wettbewerbshandlung sein, was insbesondere dann anzunehmen ist, wenn die durch die Bindung vermeintlich gewonnene Sicherheit der Kalkulation erst diejenige Preisunterbietung ermöglicht hat, die den Abnehmer zum Unterschreiben des Treureverses veranlaßte[19]).

---

[19]) Dem steht nicht entgegen, daß durch den Abschluß solcher Treuverträge eventuell ein unter die Kartellverordnung fallender Tatbestand geschaffen wird; vgl. I s a y - T s c h i e r s c h k y, Kommentar zur Kartellverordnung, S. 164 darüber, daß die Kartellverordnung die Anwendbarkeit der §§ 138, 826 BGB., 1 UWG. nicht ausschließt, daß vielmehr die Bereiche der verschiedenen Bestimmungen sich schneidende Kreise darstellen.

Zweite Abteilung

Die Sittenwidrigkeit abgesehen von solchen Tatbeständen

Erstes Kapitel

§ 9

Der Gesichtspunkt der Existenzvernichtung

Bei der Frage der Sittenwidrigkeit und besonders bei der Frage unlauterer Wettbewerbshandlungen taucht in Rechtsprechung und Literatur immer wieder der Gesichtspunkt der Existenzvernichtung auf. Der Gedanke, daß Wettbewerbshandlungen, die grundsätzlich für zulässig zu erachten sind, dann anders beurteilt werden müssen, wenn durch sie die Existenz eines anderen vernichtet wird, findet sich in mannigfachen Formulierungen ausgedrückt, hinter denen sich verschiedene sachliche Gesichtspunkte verbergen. Es darf dabei von der wohl am meisten angegriffenen Fassung ausgegangen werden, die das OLG. Düsseldorf in einem Urteil vom 25. Juli 1929[1]) geprägt hat. Es heißt in den Gründen dieses Urteils, das sich gerade mit einem Fall der Preisunterbietung befaßt, daß „dieses Kampfmittel . . . dann unsittlich wird, wenn es in der Absicht angewendet wird, die wirtschaftliche Vernichtung des Gegners herbeizuführen". Das Urteil zitiert zur Erhärtung seiner Ausführungen die RGE. 104, 330 und 118, 89, Entscheidungen, in denen das am meisten angegriffene Wort des zitierten Urteils des OLG. Düsseldorf nicht erwähnt ist, nämlich das Wort „Absicht".

Da Anklänge an die Auffassung des OLG. Düsseldorf auch anderwärts zu finden sind[2]), so soll zunächst der Gesichtspunkt der Vernichtungs*absicht* einer Kritik unterzogen werden. Der juristische Sprachgebrauch versteht unter einem „absichtlich" herbeigeführten Erfolg einen solchen, dessen Vorstellung und Wunsch das Grundmotiv für das Verhalten dessen bilden, der

[1]) Näheres s. o. S. 4, Anm. 4.

[2]) So z. B. im RGRKomm., Anm. 5 n zu § 826 BGB., wo es heißt, daß eine Handlung dann unsittlich wird, wenn sie die „wirtschaftliche Vernichtung . . . herbeizuführen *bestimmt* und geeignet" ist (der Sperrdruck rührt vom Verf. her).

eine Bedingung zum Eintritt dieses Erfolges setzt. In diesem Sinne dürfte die Vernichtungsabsicht wohl in den wenigsten Fällen des Wirtschaftskampfes gegeben sein.

Um den letzteren Satz zu begründen, bedarf es eines Eingehens auf die Streitfrage, in welchem Verhältnis Zweck und Mittel bei der Prüfung einer Wettbewerbshandlung auf ihre Sittenwidrigkeit stehen. Die eine Ansicht leitet die Sittenwidrigkeit sowohl aus den gebrauchten Mitteln wie aus dem verfolgten Zweck ab; so führt z. B. Rosenthal[3]) unter Berufung auf Montaigne aus, daß Zweck und Mittel einer Handlung ein einheitliches Ganzes bilden.

Nach anderen[4]) kann die Sittenwidrigkeit einer Wettbewerbshandlung nur in den angewandten Mitteln liegen. Zur Begründung dieser Auffassung wird, insbesondere von Callmann, ausgeführt, daß das Ziel des kaufmännischen Wettbewerbs immer dasselbe sei: Vernichtung des Gegners; wandelbar und mannigfaltig seien nur die Mittel, mit denen versucht werde, dieses Ziel zu erreichen.

Klarheit über die widerstreitenden Meinungen wird wohl durch folgende Erwägung gewonnen: Endziel jeder Wettbewerbshandlung — also der Erfolg, um dessenwillen letzten Endes jede Handlung vorgenommen wird — ist die Förderung des eigenen Unternehmens, insbesondere die Steigerung seines Ertrags. Nur insoweit dieses Ziel durch die Vernichtung eines Konkurrenten gefördert wird, wird die Vernichtung gewollt werden. Tatsächlich wird in der Regel die Vernichtung der Konkurrenz dem eigenen Unternehmen förderlich sein; dennoch ist die allgemeine Fassung von Callmann unrichtig, denn es gibt zweifellos Wettbewerbsverhältnisse, bei denen die Vernichtung des Gegners dem eigenen Unternehmen keinen Nutzen bringt und daher gar nicht angestrebt werden wird, so z. B. in solchen Branchen, in denen voraussichtlich an Stelle der vernichteten sofort neue, gleich leistungsstarke Konkurrenz aus dem Boden schießt. Da selbstverständlich diesem Ziel kaufmännischer Tätigkeit: Förderung des eigenen Unternehmens und Steigerung seines Ertrags, nichts an sich Sittenwidriges innewohnt, so haben Callmann, Baumbach und Isay recht, wenn sie das die Sittenwidrigkeit einer Wettbewerbshandlung begründende Moment nur in den von ihnen als „Mittel" bezeichneten Tatumständen erblicken.

Danach ist der Gesichtspunkt der Existenzvernichtung unbrauchbar, wenn man auf die Vernichtungsabsicht abstellt.

[3]) Kommentar zum UWG., Note 17 b zu § 1.

[4]) Vgl. Baumbach, Kommentar zum UWG., S. 173; Callmann, Kommentar zum UWG., S. 36, und JW. 1930, S. 1647; ihnen hat sich Isay in GRUR. 1929, S. 1368 ff. angeschlossen.

Freilich ist damit die Existenzvernichtung als Kriterium der Sittenwidrigkeit noch nicht abgetan. Es fragt sich, ob nicht die bloße Kausalität zwischen Wettbewerbshandlung und Existenzvernichtung genügt, um die erstere als unlauter erscheinen zu lassen. Die Frage wird vom Reichsgericht in den schon erwähnten Entscheidungen (RGE. 104, 330; 118, 89) bejaht[5]); allerdings beziehen sich diese Entscheidungen[6]) nicht auf Tatbestände der Preisunterbietung, sondern auf Tatbestände des Boykotts und der Sperre; aber die dort aufgestellten Grundsätze hat das Reichsgericht in Kartellrundschau 1928, S. 155 ausdrücklich auch für die Preisunterbietung als maßgebend bezeichnet und nur aus tatsächlichen Gründen in jenem Fall im Ergebnis nicht zur Anwendung gebracht.

Es bestehen nun zunächst ganz allgemeine Bedenken, die Existenzvernichtung zum maßgebenden Kriterium für die Sittenwidrigkeit von Wettbewerbshandlungen zu machen. Die reichsgerichtlichen Grundsätze müssen zuweilen zu eigenartigen Ergebnissen führen. Wenn zwei Konkurrenten des Handelnden sehr verschiedene Widerstandskraft besitzen und infolgedessen die Wettbewerbshandlung nur zum Ruin des einen führt, so will es nicht einleuchten, warum gegen ein und dieselbe Handlung nur der eine, nicht aber der andere geschützt werden soll. Die Abstellung auf die Existenzvernichtung begegnet auch praktischen Schwierigkeiten, indem die Grenze zwischen bloßer Schädigung und Existenzvernichtung schwer zu ziehen ist[7]) und indem ferner schwer zu sagen ist, wann von Existenzvernichtung von Verbänden oder juristischen Personen gesprochen werden kann, obwohl doch klar ist, daß ein Einzelkaufmann, ein nichtrechtsfähiger Verein und eine Aktiengesellschaft gegen ein und dieselbe Handlung gleichermaßen geschützt werden müssen.

Abgesehen von diesen allgemeinen Bedenken gibt die Übernahme der reichsgerichtlichen Grundsätze auf Tatbestände gerade

---

[5]) In RGE. 104, 330 heißt es, daß eine Handlung unsittlich wird, wenn „durch sie die Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz des Gegners herbeigeführt wird", und in RGE. 118, 89 wird gesagt, daß ein Eingriff in den Geschäftskreis anderer nicht rechtswidrig sei, wenn er „nicht die wirtschaftliche Vernichtung oder doch eine Schädigung des Betroffenen zur Folge habe, die zu dem erstrebten Vorteil in keinem Verhältnis steht".

[6]) Worauf besonders Nipperdey in „Wettbewerb und Existenzvernichtung", S. 22, hinweist.

[7]) Ein Bedenken, auf das Baumbach, Kommentar zum UWG., S. 173, hinweist. Allerdings soll nach den erwähnten Reichsgerichtsentscheidungen auch schon eine unverhältnismäßige Schädigung die Sittenwidrigkeit begründen; vgl. aber über die völlige Unfaßbarkeit des Begriffs „unverhältnismäßig" unten S. 52.

der Preisunterbietung zu besonderen Bedenken Anlaß. Aus der überzeugenden und erschöpfenden Polemik zahlreicher Autoren gegen die Rechtsprechung über die Existenzvernichtung[8]) mag nur folgende Erwägung herausgegriffen werden: wenn ein Unternehmer eine weittragende Erfindung macht, die seine Produktion ganz erheblich verbilligt, wenn er infolgedessen unterbietet und an Absatz gewinnt, so daß nach kurzer Zeit die Konkurrenz vernichtet ist, kann man unmöglich die Ansicht vertreten, daß die Unterbietung wegen der Vernichtung der Konkurrenz als sittenwidrig erscheine. Daß dies nicht sein kann, folgt mit zwingender Notwendigkeit aus dem Prinzip der Gewerbefreiheit, deren Zweck — die Förderung des Gemeinwohls — vollständig vereitelt würde, wollte man dem Unternehmer untersagen, aus Rücksicht auf einen unrationeller arbeitenden Konkurrenten sich voll zu entfalten. — Wenn somit nicht einmal die völlige Existenzvernichtung die dafür kausale Preisunterbietung immer als sittenwidrig erscheinen läßt, so kann mit dem Begriff der „unverhältnismäßigen Schädigung", der vom Reichsgericht in den erwähnten Entscheidungen ebenfalls erwähnt wird, erst recht keine Abgrenzung der sittenwidrigen Fälle vorgenommen werden; denn die „unverhältnismäßige Schädigung" ist der Vernichtung gegenüber ein Minus, kann also ebenfalls nicht schlechtweg unzulässig sein, mit anderen Worten: die Unverhältnismäßigkeit ist für die Preisunterbietung ein völlig unfaßbarer Begriff.

Bei der Aufstellung der Grundsätze über die Existenzvernichtung haben dem Reichsgericht wohl Wertungstendenzen von gemeinschaftsbetonendem Charakter vorgeschwebt, wie sie etwa in Art. 151 I RV. niedergelegt sind. Allein der erwähnte Artikel kann die reichsgerichtliche Rechtsprechung, jedenfalls in bezug auf die Preisunterbietung, nicht stützen; denn der Art. 151 I RV., der jedem einzelnen das Existenzminimum für ein menschenwürdiges Dasein zusichert, kann als allgemeine Wertungstendenz unmöglich so aufgefaßt werden, als ob es i m m e r Sache des einzelnen sei, seinem Nebenmenschen dieses Minimum zu verschaffen. Diese Rechtspflicht trifft in erster Linie die Gemeinschaft als solche, da anders die einzelnen Rechtsgenossen unbillig, weil ungleich, belastet würden[9]). Diese Auslegung wird gestützt

---

[8]) Vgl. hierüber die eingehende Kritik von I s a y, in GRUR. 1929, S. 372 Sp. 1, und N i p p e r d e y, Wettbewerb und Existenzvernichtung, S. 13. Vgl. ferner C a l l m a n n, JW. 1930, S. 1647; K o h l e r, Unlauterer Wettbewerb, S. 26 ff.

[9]) Daß in gewissem Umfang auf Grund des Art. 151 I RV. dem einzelnen die Rücksichtnahme auf den Nebenmenschen zugemutet werden kann und in welchem Umfang, das wird unten auf S. 87 ff. klargestellt werden.

dadurch, daß bei einer anderen Auffassung das Verhältnis des Art. 151 I RV. zu dem im selben Artikel ausgesprochenen Prinzip der Gewerbefreiheit nicht klar zu erkennen wäre: die gewollte Steigerung der Kräfte der Gemeinschaft durch die freie Entwicklung des einzelnen würde nahezu illusorisch, wenn die Gewerbetreibenden dazu verpflichtet würden, lebensunfähige Existenzen zu schonen; das gewerbliche Leben würde dadurch in ganz unerträglicher Weise belastet[9]).

Bemerkenswert ist, daß der Gesichtspunkt der Existenzvernichtung neuerdings auch vom Reichsgericht in seiner Allgemeinheit nicht mehr aufrechterhalten wird. In einer Entscheidung in JW. 1928 S. 1207 hat das Reichsgericht ausgeführt: Daraus, daß die Verwendung gewisser Kampfmittel im Wirtschaftskampf nicht bis zur Vernichtung des Gegners getrieben werden darf, dürfe nicht geschlossen werden, es verstoße jedes Verhalten gegen die guten Sitten, das die wirtschaftliche Existenz eines anderen gefährdet. Hier will das Reichsgericht augenscheinlich nur gewisse Kampfmittel insoweit verbieten, als sie zur Vernichtung der Existenz eines anderen führen, nicht aber jedes Kampfmittel. Daß zu diesen „gewissen Kampfmitteln" die Preisunterbietung nicht gehört, ist nach den Ausführungen von Isay, Nipperdey und Callmann (vgl. oben S. 52 Anm. 8) klar.

Es ist allerdings zu erwägen, ob der Gesichtspunkt der Existenzvernichtung nicht in einer beschränkteren Fassung als der des Reichsgerichts seine Berechtigung hat. Wenn die Existenzvernichtung als Folge einer Wettbewerbshandlung diese nicht immer unzulässig macht, so könnte das doch gelegentlich der Fall sein. Die Bedeutung der Vernichtungsfolge für die Bewertung einer Wettbewerbshandlung ist nicht immer gleich. Der Unterschied ist in folgendem begründet: wenn das auf Ertragssteigerung des eigenen Unternehmens gerichtete menschliche Verhalten, also z. B. die Unterbietung, zugleich für die Vernichtung der Existenz eines andern kausal ist, so kann das Verhältnis der Existenzvernichtung und des erstrebten Endziels der Unternehmensförderung ein verschiedenes sein, je nachdem die Vernichtung kausal für die Erreichung des Endziels ist oder nicht. Diese beiden Möglichkeiten sind gesondert zu betrachten.

1. Ist die Wettbewerbshandlung geeignet, auch bei Nichteintritt der Vernichtung des Konkurrenten eine Unternehmensförderung herbeizuführen, dann steht Vernichtung und Endziel nicht miteinander in Kausalzusammenhang: erstere ist wegdenkbar, ohne daß die Erreichung des letzteren entfällt. Hierher gehört etwa das oben angeführte Beispiel einer Unterbietung, die durch eine bedeutende Erfindung ermöglicht ist; und für Fälle dieser Art, in denen die Existenzvernichtung nur Nebenfolge eines

Kampfmittels ist, besagt der Grundsatz der Gewerbefreiheit, daß sie grundsätzlich nicht beanstandet werden können.

2. Es kann nun aber die Existenzvernichtung ein nicht wegdenkbares Glied in der Kausalkette zwischen Unterbietung und Unternehmensförderung sein, d. h. es kann Kausalzusammenhang zwischen den beiden Tatsachen bestehen. Beispiel: ein Markt wird von zwei Konkurrenten beherrscht, das Aufkommen neuer Konkurrenz ist so gut wie ausgeschlossen; der eine Konkurrent verkauft planmäßig mit erheblichen Verlusten, die nur hereinzuholen sind, wenn der andere Konkurrent zugrunde gegangen ist; tatsächlich geht die Konkurrenz zugrunde. In diesem Fall muß man bei Vorliegen des Bewußtseins der Kausalität von einer „absichtlich" herbeigeführten Existenzvernichtung sprechen, wenn diese Vernichtung auch nicht letztes Grundmotiv der Unterbietung war, vielmehr im Verhältnis zum Endziel als „Mittel" erscheint. Es fragt sich nun, ob der Vernichtungszweck in diesem Sinne das Verhalten des Unterbietenden unsittlich macht. Auch diese Frage kann nicht bejaht werden; denn es wäre ein teils zu enger, teils zu weiter Standpunkt, auf die Vernichtungsabsicht in diesem Sinne abzustellen: zu eng deshalb, weil unter Umständen auch die bloße schwere Schädigung verboten sein muß; zu weit darum, weil es wohl Fälle gibt, in denen das überwiegende Interesse des Angreifers auch den Vernichtungszweck als gerechtfertigt erscheinen läßt.

Wann im einzelnen die Existenzvernichtung als Folge der Preisunterbietung unter die eine oder andere Kategorie einzuordnen ist und welche Kriterien bei Einordnung unter die zweite Kategorie die Sittenwidrigkeit begründen, wird unten im vierten Kapitel zu behandeln sein.

Zweites Kapitel

§ 10

Die Ausnützung einer wirtschaftlichen Machtstellung

Der Gedanke, eine Preisunterbietung unter dem Gesichtspunkt der Ausnützung einer wirtschaftlichen Machtstellung für sittenwidrig zu erklären, ist im Anschluß an die im vorigen Kapitel dargestellte Rechtsprechung des Reichsgerichts über die Existenzvernichtung aufgetaucht; er findet sich vor allem in Ausführungen von Kirchberger und Callmann.

Kirchberger hat in GRUR. 1927, S. 86 die Auffassung dargetan und begründet, daß bei der Prüfung von Wettbewerbshandlungen auf ihre Sittenwidrigkeit der Zweck[1]) der Handlung

[1]) Insbesondere der Vernichtungszweck.

auszuscheiden sei. Die Erklärung für die erwähnte abweichende Rechtsprechung des Reichsgerichts sucht Kirchberger darin, daß sie sich bei der Beurteilung solcher Tatbestände herausgebildet habe, die Maßnahmen von Kartellen oder ähnlichen Gebilden darstellen; dies ergebe sich klar aus der Entscheidung in JW. 1913, S. 135, obwohl dort zu weitgehend bemerkt sei, daß die ausgesprochenen Grundsätze auch bei sonstigen wirtschaftlichen Kämpfen zur Anwendung gebracht worden seien. Damit habe das Reichsgericht vorzeitig einer Rechtsentwicklung Rechnung getragen, die jetzt in der Kartellverordnung ihre vorläufig abschließende gesetzliche Regelung erfahren habe; das Kartellgesetz habe bis jetzt in der Rechtsprechung noch nicht die genügende Beachtung gefunden, wie die Entscheidung in JW. 1926, S. 1982 beweise; dies sei jedoch wohl nur eine vorübergehende Erscheinung; sowie die Kartellverordnung die genügende Beachtung finde, sei das Bedürfnis, für das Kartellwesen besondere Grundsätze zu prägen, zu verneinen.

Aus diesen Ausführungen Kirchbergers kann entnommen werden, daß er die Rechtsprechung über die Existenzvernichtung als Sondernorm für Kartelle und ähnliche Gebilde als berechtigt, aber durch den Erlaß der Kartellverordnung überflüssig geworden ansieht. Dabei übersieht er aber offensichtlich, daß nur ein bestimmter Ausschnitt aus den möglichen Kampfmaßnahmen der Kartelle von der Kartellverordnung betroffen wird, daß aber sehr wohl auch bei den nicht betroffenen Maßnahmen die Frage der Sittenwidrigkeit auftauchen kann. Da nach den Ausführungen oben im dritten Abschnitt die Kartellverordnung für die Preisunterbietung gerade keine Norm enthält, so ist im Anschluß an Kirchberger die Frage nicht von der Hand zu weisen, ob nicht auch bei der Preisunterbietung eine Sonderbehandlung von Kartellen und ähnlichen Gebilden notwendig ist.

Dieselbe Fragestellung ergibt sich aus Ausführungen von Callmann, der von seinem Grundsatz der Unbeachtlichkeit des Zwecks eine Ausnahme bei dem von ihm so genannten Kollektivgebilde macht. Die reichsgerichtliche Rechtsprechung über die Existenzvernichtung erklärt Callmann dadurch, daß es sich bei den behandelten Tatbeständen um solche Kollektivgebilde gehandelt habe; er führt in Anm. 25 zu § 1 seines Kommentars zum UWG. aus, daß, wenn ein Kollektivgebilde (Kartell, Trust, Verband) dem einzelnen gegenüber das Kampfmittel des Boykotts gebrauche, daß dann wegen der „begrifflichen Überlegenheit" des Kollektivgebildes bei der Frage der Sittenwidrigkeit auch der verfolgte Zweck, insbesondere der Vernichtungszweck, für die Bewertung erheblich werden könne. Diese Auffassung, die sich ausdrücklich nur auf das Kampfmittel des Boykotts bezieht, gibt

Anlaß zu der Frage, ob sie, wenn sie an sich richtig wäre, auch auf andere Kampfmittel, insbesondere die Preisunterbietung, ausgedehnt werden könnte[2]).

Es erübrigt sich, im Rahmen dieser Arbeit auf die Brauchbarkeit der Callmannschen Ansicht für die Tatbestände des Boykotts einzugehen. Jedenfalls stehen ihrer Anwendung auf die Tatbestände der Preisunterbietung erhebliche Bedenken entgegen, und dasselbe gilt für die Bejahung der im Anschluß an Kirchberger aufgeworfenen Frage.

Das erste Bedenken, auf das auch alle genannten Kritiker Callmanns hinweisen, ist die Unmöglichkeit einer klaren Bestimmung der Wirtschaftssubjekte, für die bei der Frage der Sittenwidrigkeit eine Sonderbeurteilung erfolgen soll: weder die Unterscheidung von Einzelunternehmen und Mehrheit zusammengeschlossener, aber selbständiger Wirtschaftssubjekte ist brauchbar; denn es fehlt an jedem berechtigten Grund dafür, etwa die I.-G.-Farbenindustrie und einen marktbeherrschenden Unternehmerverband verschieden zu behandeln; auch auf die Entstehungsgeschichte (Entstehung durch Fusion oder ohne solche) oder die Rechtsform (Einzelfirma, offene Handelsgesellschaft, juristische Person) kann als Kriterium nicht abgestellt werden, da sich Unternehmen aller Größen auf der Grundlage der verschiedensten Rechtsformen finden. Den Kritikern Callmanns ist daher zweifellos darin recht zu geben, daß bei interessenabwägender und nicht formalistischer Betrachtungsweise gar kein anderes Merkmal für die besonders zu behandelnden Wirtschaftssubjekte gefunden werden kann als das der wirtschaftlichen Macht[3]).

Das Kriterium der wirtschaftlichen Macht lehnen Nipperdey und Baumbach als zu unbestimmt ab; letzterer führt aus, daß auch der Großbäcker dem Kleinbäcker „begrifflich überlegen" sei — die begriffliche Überlegenheit ist die hervorstechendste Eigenschaft des Callmannschen Kollektivgebildes — und daß

---

[2]) Die Frage wurde behandelt von Isay in GRUR. 1929, S. 1370 ff.; Baumbach in M. u. W. 1930, S. 2 ff., und von Nipperdey in Wettbewerb und Existenzvernichtung, S. 15 ff.; Callmann selbst hat sich in JW. 1930, S. 1647 ff., nochmals zu den Ausführungen in seinem Kommentar geäußert.

Während die genannten Schriftsteller sich ablehnend gegen die Callmannsche Auffassung verhalten, schließt sich ihr Tschierschky in Kartellrundschau 1930, S. 256, an aber unter Einführung so neuartiger Gesichtspunkte, daß ein Eingehen darauf erst im vierten Kapitel erfolgen kann; vgl. S. 66.

[3]) Eine indirekte gesetzliche Anerkennung, daß ein anderes Kriterium nicht zur Verfügung steht, ist der § 10 KartellVO., in dem zweifellos die entscheidenden Worte nicht die Umschreibung der betroffenen Wirtschaftssubjekte, sondern die Worte „unter Ausnützung einer wirtschaftlichen Machtstellung" sind.

dennoch niemand an eine verschiedene rechtliche Behandlung der beiden denke. Gegenüber diesen Bedenken macht Callmann in JW. 1930 S. 1647 geltend, daß die Schwierigkeit der Grenzziehung kein Beweis für die Unrichtigkeit einer Theorie sei.

Die von Nipperdey und Baumbach geäußerten Bedenken gegen das zu unbestimmte Kriterium der wirtschaftlichen Macht mögen zunächst auf sich beruhen bleiben[4]). Durchschlagend für die Ablehnung der Callmannschen These ist auf jeden Fall das zweite dagegen erhobene Bedenken, nämlich die Schwierigkeit der Abgrenzung dessen, was als unberechtigte „Ausnützung" der wirtschaftlichen Macht angesehen werden soll. Callmann, der jedoch in JW. 1930 S. 1647 ff. ausdrücklich die Anwendung seiner These auf die Preisunterbietung dahingestellt läßt, sowie Kirchberger ziehen das Kriterium der Existenzvernichtung heran. Die Brauchbarkeit dieses Kriteriums für die von Callmann und Kirchberger behandelten Tatbestände des Boykotts und der Sperre mag hier unerörtert bleiben; sicher ist jedenfalls, daß für die Frage der Preisunterbietung dieses Kriterium nicht verwertet werden kann, und zwar aus denselben Gründen, aus denen im vorigen Kapitel die Heranziehung der Existenzvernichtung allgemein abgelehnt wurde. Daß mit jedem „mächtigen" Betriebe, wie überhaupt mit jedem Betrieb, der kein absolutes Monopol besitzt, eine Schädigung der Konkurrenz verbunden ist, ist klar; daß nicht jede solche Schädigung sittenwidrig ist, ebenfalls; auch dadurch, daß die Schädigung sich zur Existenzvernichtung auswächst, wird nicht ohne weiteres die Maßnahme des mächtigen Betriebs zu einer sittenwidrigen. Zweifellos ist das in den Fällen, in denen die Schädigung bzw. Vernichtung im Sinne des vorhergehenden Kapitels nicht Mittel, sondern nur Nebenfolge des Wettbewerbs ist: man denke an das oben gebrauchte Beispiel eines Patents, durch dessen Verwendung der Produktionsprozeß erheblich verbilligt wird.

Dazu kommt folgendes: Es darf nicht verkannt werden, daß Zusammenschlüsse und Fusionen sehr häufig eine weitgehende Rationalisierung und damit verbunden eine Senkung der Produktionskosten ermöglichen; wollte man in diesen Fällen aus Rücksicht auf den Konkurrenten ein Verbot der Unterbietung aufstellen, so würde die Allgemeinheit durch die Verhinderung der Preissenkung aufs empfindlichste geschädigt. Zudem würde ein Verbot der Unterbietung im Effekt darauf hinauslaufen, daß beim Zusammenschluß in einer Branche jedem Unternehmer das Recht gegeben würde, seine Einbeziehung in den Zusammenschluß zu verlangen. Nun gibt es zweifellos Fälle, in denen aus § 826 BGB. ein Kontrahierungszwang abgeleitet werden muß[5]); doch ist es

[4]) Siehe darüber unten S. 89.
[5]) Vgl. Nipperdey, Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag.

fraglos dem Interesse der Allgemeinheit konträr entgegengesetzt, in den hier behandelten Fällen auch nur indirekt einen solchen Kontrahierungszwang zu statuieren[6]).

Demnach ist auch bei ganz erheblichem Unterschied im Kräfteverhältnis der Konkurrenten die Existenzvernichtung, selbst wenn sie vorsätzlich herbeigeführt wird, nicht ohne weiteres ein Grund, die Maßnahme des mächtigeren Konkurrenten für sittenwidrig anzusehen[7]). Seine Maßnahme kann nur innerhalb des Rahmens sittenwidrig sein, der im vorhergehenden Kapitel allgemein als möglicher, aber noch näher zu umgrenzender Rahmen aufgezeigt wurde, nämlich dann, wenn die Schädigung bzw. Vernichtung der Konkurrenz begrifflich notwendig ist für die günstige Wirkung einer Wettbewerbshandlung auf das eigene Unternehmen.

Drittes Kapitel

§ 11

Leistungs- und Behinderungswettbewerb

Die in den beiden vorhergehenden Kapiteln angedeutete Vielheit und Unklarheit der Kriterien für die Unsittlichkeit einer Wettbewerbshandlung in den Fällen, in denen nicht besondere Momente wie Unwahrhaftigkeit oder Unsachlichkeit vorliegen,

---

[6]) Nipperdey selbst, aaO. S. 65, führt die RGE. 60, 94 an, wo in derselben Weise wie hier Stellung genommen wird; er knüpft aber daran die Bemerkung, daß das Reichsgericht einen Kontrahierungszwang wohl dann annehmen würde, wenn die Nichtaufnahme zum völligen Ruin des Ausgeschlossenen führen würde. Die letztere Bemerkung Nipperdeys ist in ihrer Allgemeinheit sicher unrichtig, da anders weitgehend lebensunfähige, zurückgebliebene Existenzen auf Kosten der Konkurrenz und der Allgemeinheit erhalten werden würden.

[7]) Zu demselben Ergebnis kommt Isay, aaO., freilich zum Teil aus einem Grunde, der nicht als stichhaltig angesehen werden kann. Isay lehnt unter Berufung auf RGE. 122, 263, die Callmannsche Auffassung auch deshalb ab, weil er darin einen Verstoß gegen die Rechtsgleichheit erblickt: wo die allgemeine Gleichheit vor Recht und Gesetz zum Nachteil von Kartellen und ähnlichen Organisationen durchbrochen werden solle, müsse dies, wenn nicht ausdrücklich verordnet, so doch zweifelsfrei zu erschließen sein. Dabei übersieht Isay jedoch, daß wenn das Gesetz die Rechtswidrigkeit einer Handlung auf die Sittenwidrigkeit abstellt, es die Norm aus sämtlichen Umständen des Einzelfalls entnommen wissen will; daß zu diesen rechtlich erheblichen Umständen auch das Kräfteverhältnis der am Konflikt Beteiligten gehören kann, unterliegt gar keinem Zweifel. Daß das Kräfteverhältnis häufig zu berücksichtigen ist, folgt aus der allgemeinen Wertungstendenz unserer Zeit, daß Machtstellungen schonlich zu gebrauchen sind: Ausdruck dieser Tendenz ist u. a. die Kartellverordnung.

hat neuerdings Nipperdey[1]) veranlaßt, eine Zweiteilung sämtlicher Wettbewerbshandlungen unter den in der Überschrift genannten Schlagworten vorzunehmen. Leistungswettbewerb sind nach Nipperdey solche Handlungen, die in der Förderung der Absatztätigkeit mit den Mitteln der eigenen Leistung bestehen; Behinderungswettbewerb liegt vor, wenn eine Schädigung des Wettbewerbers herbeigeführt wird, um dadurch erst freie Bahn für den eigenen Absatz zu schaffen.

Nipperdey knüpft damit an eine bei Lobe[2]) gemachte Unterscheidung an; Lobe prüft jede Wettbewerbshandlung, die die Erwerbstätigkeit des Gegners beeinträchtigt, daraufhin, ob sie den eigenen Erwerb auch fördern würde, wenn kein Wettbewerbsverhältnis bestünde, oder ob eine günstige Wirkung auf den eigenen Erwerb nur auf dem Umweg über eine Schädigung der Konkurrenz denkbar ist[3]).

Lobe vertritt den Standpunkt, daß sämtliche Handlungen der letzteren Art unlauter seien, während er sämtliche Handlungen der ersteren Art als erlaubt ansieht[4]). Nipperdey geht nicht so weit wie Lobe, der den Behinderungswettbewerb schlechthin für unzulässig hält; für ihn verstößt Behinderungswettbewerb nur dann gegen die guten Sitten, wenn er übermäßige Formen annimmt. Dies begründet Nipperdey nicht unrichtig damit, daß in der Rechtsprechung über die Zulässigkeit von Boykott und Sperre sowie in § 9 der KartellVO. eindeutig zum Ausdruck komme, daß in unserem heutigen Recht nicht jede Maßnahme des Behinderungswetttbewerbs den Anschauungen aller billig und gerecht Denkenden widerspricht.

Mag auch in der von Nipperdey getroffenen Zweiteilung ein richtiger Kern stecken, so darf doch nicht übersehen werden, daß mit der Aufstellung der beiden Begriffe keine Problemlösung im Einzelfall getroffen werden kann. Es können zwar die Fälle, die für sittenwidrig oder für einwandfrei erachtet werden, zur Erleichterung der Übersicht und systematischen Beherrschung des Rechtsstoffs unter dem einen oder anderen Begriff als Ordnungs-

---

[1]) In seiner Schrift „Wettbewerb und Existenzvernichtung".

[2]) Unlauterer Wettbewerb, Bd. 1, S. 47 ff.

[3]) Es ist zu beachten, daß die von Nipperdey und Lobe getroffene Zweiteilung der Wettbewerbshandlungen sich weitgehend deckt mit der Scheidung, die oben in § 9 getroffen wurde, wo der Unterschied zwischen der Existenzvernichtung als Folge und als Mittel des Wettbewerbs herausgearbeitet wurde.

[4]) Von dieser Regel müßte Lobe allerdings eine Ausnahme für die Fälle machen, in denen die Produktionskosten durch rechtswidrige Handlungen (Schmuggel) niedergehalten werden; denn solches Verhalten nützt dem eigenen Unternehmen ja auch, wenn keine Konkurrenz da ist.

begriff zusammengefaßt werden; es darf aber nicht solchen Begriffen normativer Charakter beigelegt und aus ihnen im Wege der Subsumption eine Wertung abgeleitet werden, die nicht vor Aufstellung des Ordnungsbegriffs aus dem zu behandelnden Einzelfall im Wege der Abwägung der entgegenstehenden Interessen nach den vom Gesetz gegebenen Richtlinien gewonnen wurde.

Der im vorigen Absatz abgelehnten Methode folgt Nipperdey gerade bei der Frage der Preisunterbietung: er subsumiert (vgl. aaO. S. 16) die Preisunterbietung ohne weiteres unter den Begriff des Leistungswettbewerbs und leitet daraus ab, daß sie schlechtweg zulässig sei; erst auf S. 23 macht er eine Ausnahme von der von ihm konstruierten Norm für die Fälle, in denen die Unterbietung den Charakter des echten Leistungswettbewerbs verliere; dies ist aber nach ihm nur dann der Fall, wenn besondere Momente, wie Ausnützung fremder Arbeit u. a. zur Preisunterbietung hinzukommen. Hätte Nipperdey zunächst sämtliche Fälle der Preisunterbietung untersucht, wäre er dabei zum Ergebnis gekommen, daß keiner ohne besondere Momente unsittlich ist, und würde er deshalb die Preisunterbietung mit anderen zulässigen Wettbewerbshandlungen unter den Ordnungsbegriff des Leistungswettbewerbs zusammenfassen, so würde seine Argumentation wohl überzeugender wirken. Wenn — was tatsächlich der Fall ist — bei den Ausführungen Nipperdeys der Eindruck entsteht, daß er gewisse Fälle der Preisunterbietung für zulässig erklärt, die er bei konsequenter Durchführung seiner Zweiteilung und der aus ihr gezogenen Folgerungen nicht schlechtweg für zulässig erklären dürfte, so ist daran wohl das hier kritisierte methodische Vorgehen schuld.

Es gibt zweifellos Fälle der Preisunterbietung, die sowohl nach der Definition Lobes wie nach der Nipperdeys auch bei Fehlen der in § 8 behandelten Umstände als Behinderungswettbewerb angesehen werden müssen. Insbesondere ist dies bei Verkäufen unter Selbstkosten der Fall, die ausschließlich zwecks Vernichtung oder Verdrängung der Konkurrenz vorgenommen werden. Es darf jedoch — will man methodisch richtig vorgehen — diese Erkenntnis nicht voreilig verallgemeinert werden; vielmehr sind die in Frage kommenden Fälle gesondert zu betrachten und zu würdigen, bevor eine allgemeine Regel aufgestellt werden kann.

Der Grund, warum die von Nipperdey und Lobe getroffene Zweiteilung grundsätzlich nicht abwegig ist, ist darin zu suchen, daß in ihr sich ein Grundgedanke unseres heutigen Wirtschaftsrechts ausprägt. Die Gewerbefreiheit bezweckt, daß durch das freie Spiel der Kräfte der im ökonomischen Sinn Leistungs-

fähigere[5]) zum Wohle der Allgemeinheit über den Schwächeren siegen soll. Wenn nun der Tüchtigere an der Entfaltung seiner Kräfte zum Schaden der Allgemeinheit behindert wird, so gibt das zu Bedenken Anlaß. Inwieweit eine Preisunterbietung in dem einen oder anderen Sinne wirkt, ob sie immer Ausdruck größerer Leistungsfähigkeit im ökonomischen Sinne ist oder ob sie auch nur ein Mittel der Behinderung sein kann, und welche Folgerungen aus der Beantwortung dieser Fragen zu ziehen sind, das zu untersuchen ist die Aufgabe des folgenden Kapitels, auf das die Betrachtungen sämtlicher Kapitel dieses Abschnitts übereinstimmend hinweisen.

Viertes Kapitel

Leistung unter Selbstkosten

§ 12

Übersicht über die Stellungnahme in Literatur und Praxis

Der Gedanke, die Unterschreitung der Selbstkostengrenze zum Kriterium der Sittenwidrigkeit einer Unterbietung zu machen, wird von manchen Seiten, und zwar gerade in neuester Zeit, vertreten; überwiegend jedoch wird er abgelehnt. Es soll zunächst eine kurze Darstellung der ablehnenden Meinungen gegeben werden, wobei die Ablehnung allerdings bei manchen nur aus ihrer Grundeinstellung hervorgeht und die Selbstkostengrenze nicht ausdrücklich genannt ist.

Seine Grundeinstellung faßt Kohler in folgendem Satz zusammen[1]):

> „Das beliebige Bestimmungsrecht über die Höhe des Preises einer Ware darf nicht verkümmert werden . . . Das Gegenteil würde zur Zerstörung nicht nur des unerlaubten Wettbewerbs führen, sondern des freien Wettbewerbs überhaupt; denn zum freien Wettbewerb gehört es, daß ein jeder das Bestimmungsrecht hat, die Waren zu einem hohen oder niedrigeren Preise zu verkaufen."

---

[5]) Wenn im folgenden wiederholt von der größeren Leistungsfähigkeit im ökonomischen Sinne gesprochen werden wird, so soll darunter verstanden werden die Fähigkeit, einen bestimmten Erfolg mit geringerem Aufwand oder einen größeren Erfolg bei gleichem Aufwand auf die Dauer zu erreichen; niemals ist die größere Leistungsfähigkeit in diesem Sinne allein im größeren Kapitalreichtum zu erblicken, wenn auch infolge desselben durch Zuschüsse die Preise niedriger gestellt werden und dadurch der Anschein größerer Leistungsfähigkeit erweckt wird.

[1]) Der unlautere Wettbewerb, S. 26 ff.

Zur Begründung dieser Stellungnahme führt Kohler eine Reihe von Fällen an, in denen er zweifellos mit Recht einen Verkauf auch unter Preis für zulässig hält, so z. B. den Fall, daß eine Neuheit durch billige Preise beim Publikum eingeführt werden soll. Allein daraus, daß es Fälle gibt, in denen ein Verkauf unter Selbstkosten nicht unlauter erscheint, braucht man noch nicht wie Kohler auf die Zulässigkeit jeglicher Leistung unter Selbstkosten zu schließen. Wenn Kohler sich darauf beruft, daß anders der freie Wettbewerb zerstört würde, so besagt das nicht viel: der freie Wettbewerb hört eben da auf, wo die Unlauterkeit beginnt. Die Fragestellung muß daher einzig und allein darauf beschränkt werden, was lauter und was unlauter ist. Der richtige Kern an der Kohlerschen Auffassung ist nur der, daß bei der Frage der Lauterkeit oder Unlauterkeit einer Handlung der Zweck herangezogen werden muß, den der Gesetzgeber mit der Einführung der freien Konkurrenz verfolgte; aber gerade wenn man das tut, so wird man nicht umhin können, gewisse Fälle der verlustbringenden Unterbietung für sittenwidrig zu erklären[2]).

Auch Lobes Ausführungen überzeugen nicht von der Unbrauchbarkeit der Selbstkostengrenze als Kriterium der Sittenwidrigkeit[3]). Er meint, daß die Gewerbefreiheit im allgemeinen jedem und für alle Erzeugnisse ... die Veräußerung gestatte und auch für die Gegenleistung, den Preis, keine Maße festsetze; die Beschränkung auch nur bei einem dieser drei Merkmale würde eine Beschränkung der Gewerbefreiheit selbst bedeuten. Diese Ausführungen enthalten einen ähnlichen Trugschluß wie die von Kohler: es ist zwar richtig, daß die Annahme, eine Preisunterbietung könne sittenwidrig sein, eine Beschränkung der Gewerbefreiheit bedeutet; aber diese Beschränkung ist zulässig, da ja das Verbot sittenwidriger Handlungen eine Schranke für jede vom Recht gewährleistete Freiheit, also auch eine Beschränkung der Gewerbefreiheit, darstellt[4]).

Auch Baumbach hat sich in seinem Kommentar zum UWG. S. 536 und in einem neueren Aufsatz (M. u. W. 1930 S. 7) dagegen ausgesprochen, daß eine Preisunterbietung ohne eines der in § 8 dieser Arbeit behandelten Momente gegen die guten Sitten ver-

---

[2]) Der weitere von Kohler angeführte Gesichtspunkt, daß eine verlustbringende Unterbietung wegen des für den Verbraucher — der ja gelegentlich auch unter ungerechtfertigt hohen Preisen zu leiden habe — damit verbundenen Vorteils zulässig sein müsse, ist noch weniger stichhaltig; vgl. hierüber Callmann, M. u. W. 1929, S. 571.

[3]) Unlauterer Wettbewerb, Bd. 1, S. 61.

[4]) Lobes Stellungnahme bezüglich der Preisunterbietung steht in einem gewissen Gegensatz zu seiner allgemeinen Definition des Begriffs der unlauteren Wettbewerbshandlung; vgl. hierüber oben drittes Kapitel.

stoßen könne. Allein auch seine Begründung wirkt nicht überzeugend. Er führt in der letztgenannten Stelle aus, daß Boykott, Sperren und ähnliche Maßnahmen zwar Folgeerscheinungen des Wirtschaftskampfes im freien Wettbewerb, jedoch nicht durch den freien Wettbewerb ihrem Wesen nach notwendig bedingt seien; wohl aber sei eine Preisunterbietung ihrem Wesen nach durch den freien Wettbewerb notwendig bedingt; deshalb könne zwar eine Maßnahme der ersteren Art durch ihre Intensität zu einer sittenwidrigen werden, nicht aber die Preisunterbietung. Dazu ist zu sagen, daß zwar zweifellos jede Unterbietung, die auf einer billigeren Produktionsweise und ähnlichen Umständen beruht, ihrem Wesen nach notwendig durch den freien Wettbewerb bedingt ist, nicht aber schlechthin jede Preisunterbietung; so insbesondere dann nicht, wenn der mit einer verlustbringenden Unterbietung erstrebte Vorteil die Ausschaltung der Konkurrenz ist. Es ist schlechterdings nicht einzusehen, warum deshalb, weil die Preisunterbietung gewöhnlich ein Symptom der Leistungssteigerung im freien Wettbewerb ist, nicht Auswüchse der freien Preisstellung sittenwidrig sein sollen.

Unter Berufung auf Lobe und Baumbach hat sich Nipperdey in „Wettbewerb und Existenzvernichtung" (S. 25) ausdrücklich gegen die Berücksichtigung der Selbstkostengrenze ausgesprochen. In diesem Zusammenhang erwähnt er ein Urteil des OLG. Dresden, gibt es aber nur auszugsweise und dadurch irreführend wieder[5]). Im Anschluß an das von ihm abgedruckte

---

[5]) Das Urteil ist abgedruckt in M. u. W. 1929, S. 393. Die entscheidenden Sätze dieses Urteils lauten:

„Aber selbst wenn bei dem Unterbieten ein Gewinn für die Beklagte nicht in Frage kam, dann würde dies aufgewogen dadurch, daß die Beklagte aus der Belieferung eines derartigen Großabnehmers im Wettbewerbskampf durch ihr Bekanntwerden auch in jener Gegend besondere Vorteile und namentlich einen besonderen Vorsprung vor ihren Mitbewerbern erlangte. In diesem Einzelfalle würde somit weder das Ziel, die Klägerin aus dem Geschäft zu verdrängen, noch das Mittel, dessen sich die Beklagte hierzu bediente, den Anschauungen der billig und gerecht denkenden Handelskreise widersprechen . . . Hätte freilich die Beklagte in einem systematischen Vorgehen in der Absicht, das Geschäft der Klägerin lahmzulegen, irgendwelchen Personen, namentlich Kunden der Klägerin gegenüber . . . die von ihr . . . geforderten Preise, ohne deren Höhe überhaupt zu kennen, um 50 Pfennig für je 100 kg ständig unterboten, . . . dann würde ein solches Verhalten sittenwidrig . . . sein. In dieser Allgemeinheit würde das Vorgehen der Beklagten nicht sowohl dazu bestimmt sein, das eigene Unternehmen zu fördern, als vielmehr in erster Linie auf die wirtschaftliche Vernichtung der Klägerin gerichtet sein. Denn das Vorgehen — Bem. d. Verf.: nur von hier ab zit. Nipperdey — würde zugleich das Unternehmen der Beklagten in Gefahr bringen, weil sie, wenn die Klägerin in ihren Verkaufspreisen nur einen ganz bescheidenen

Bruchstück dieses Urteils führt Nipperdey aus, daß es widersinnig sei, aus der Beschädigung des eigenen Vermögens die Unlauterkeit des Verhaltens dem Mitbewerber gegenüber begründen zu wollen. In dem erwähnten Urteil war nun aber tatsächlich dieser Gesichtspunkt nicht ausschlaggebend. Es heißt nämlich in dem Urteil, daß das Vorgehen der Beklagten nicht sowohl dazu bestimmt gewesen sei, das eigene Unternehmen zu fördern, vielmehr sei es in erster Linie auf die wirtschaftliche Vernichtung der Klägerin gerichtet gewesen — und nur zur Begründung dieser Tatsache dienen die von Nipperdey herausgegriffenen Sätze. Da die Beklagte sich zwar nicht von dem einzelnen Geschäft, bei dem sie unterbot, wohl aber von der Vernichtung des Gegners einen Vorteil für das eigene Unternehmen versprach, so muß die Wendung „nicht dazu bestimmt, das eigene Unternehmen zu fördern" wohl so ausgelegt werden, daß an eine unmittelbare Förderung gedacht ist; dann aber ist der ausschlaggebende Gesichtspunkt nicht die Beschädigung des eigenen Vermögens, vielmehr die Schädigung des Gegners durch ein Mittel, das nicht Ausfluß größerer Leistungsfähigkeit im ökonomischen Sinne ist. Auch die Bedenken Nipperdeys sind demnach nicht durchschlagend, wobei allerdings zuzugeben ist, daß die Fassung des Urteils des OLG. Dresden nicht gerade als glücklich bezeichnet werden kann[6]).

Callmann hat sich ebenfalls dagegen ausgesprochen, daß eine Preisunterbietung ohne besondere Momente wie Unwahrhaftigkeit u. a. gegen die guten Sitten verstoßen könne[7]), jedoch fehlt auch bei ihm die durchschlagende Begründung. Den letzten Grund seiner Stellungnahme deckt er in einem neueren Aufsatz[8]) auf, wo er ausführt, daß, solange wir eine kapitalistische Wirtschaftsordnung haben, der Kapitalverwertungszwang den Unternehmer zu grundsätzlich schrankenloser Betätigung seines Gewinnstrebens anreizt und daß die Erweiterung des Machtrahmens immanentes Streben im homo oeconomicus der kapitalistischen Wirtschaftsverfassung sei. Dieser Gedanke steht in einem gewissen Gegensatz zu dem, was er an anderer Stelle (Komm. S. 52) über den „Gemeinschaftsgedanken" äußert. Er vereinigt dort Indivi-

---

Verdienst einrechnen würde, mit großen Verlusten arbeiten müßte, die in keinem Geschäftsbetrieb dauernd tragbar erscheinen. Ein solches Verhalten aber widerspricht den Anschauungen aller billig und gerecht Denkenden."

[6]) Nipperdey setzt sich durch seine Stellungnahme hinsichtlich der Preisunterbietung genau so wie Lobe in einen gewissen Gegensatz zu seinen Ausführungen über das Wesen des Behinderungswettbewerbs; vgl. oben drittes Kapitel.

[7]) Callmann, Kommentar zum UWG., Anm. 74 ff. zu § 1; M. u. W. 1929, S. 570 ff.

[8]) JW. 1930, S. 1647 ff.

dualismus und Gemeinschaftsgedanken derart, daß er trotz grundsätzlicher Bejahung des Gemeinschaftsgedankens es ablehnt, die Wirkungskraft der Persönlichkeit zugunsten einer gefühlsbetonten Rücksichtnahme auf fremde Interessen zu schwächen, da dies nicht nur zur Hemmung des Einzelstrebens, sondern auch zum Schaden der Allgemeinheit führen würde; das Wesen der Freiheit bestehe aber nicht in der Schrankenlosigkeit; die Verbundenheit mit den Rechtsgenossen trage im Widerstreit mit egoistischen Interessen das sittliche Moment in den Lebenskampf; es komme der Machtwille des einzelnen, die Entfaltung der persönlichen Initiative der Allgemeinheit zugute. Wenn danach Callmann den Individualismus für berechtigt hält, weil er das Wohl der Gemeinschaft fördert, so ist nicht recht ersichtlich, warum er ihn — und zwar auch in den Fällen der Preisunterbietung — nicht da ablehnt, wo nicht die größere Leistungsfähigkeit die Unterbietung ermöglicht, sondern wo sie aus einem Machtstreben entspringt, dem nicht die Förderung des Gemeinwohls rechtfertigend zur Seite steht.

Auch die Stellungnahme von Rosenthal ist grundsätzlich ablehnend. Er spricht auf S. 3 seines Kommentars zum UWG. davon, daß Preisunterbieten an sich nicht unsittlich, vielmehr regelmäßig erlaubt sei; in Note 91 zu § 1 wendet er jedoch den „allgemeinen, das ganze Wettbewerbsrecht beherrschenden" Grundsatz auf die Preisstellung an, daß eine ausschließlich auf die Schädigung der Mitbewerber gerichtete Tätigkeit unsittlich sei. Auch in der von Callmann (GRUR. 1928 S. 103) kritisierten Auffassung von Rosenthal (LZ. 1927 S. 720), wonach die Ausnützung einer Erbschaft zur Unterbietung der Mitbewerber gegen die guten Sitten verstoße, zeigt sich eine Neigung dazu, die grundsätzliche Zulässigkeit der Preisunterbietung auch dann zu beschränken, wenn keines der in § 8 behandelten Momente der Sittenwidrigkeit vorliegt. Jedoch fehlt es an einem Leitsatz und an der grundsätzlichen Stellungnahme, die unentbehrlich sind, soll nicht das Wettbewerbsrecht durch eine kasuistische Handhabung getrübt und damit die Rechtsunsicherheit erhöht werden.

Soweit die ablehnenden Stimmen. Eine eindeutige Stellungnahme des Reichsgerichts fehlt. Die Möglichkeit der Sittenwidrigkeit einer Preisunterbietung ist in RGE. 65, 212 offen gelassen, ohne daß ein bestimmtes Kriterium angegeben wäre; in einer Entscheidung in Kartellrundschau 1928 S. 155 beurteilt das Reichsgericht den Tatbestand der Unterbietung unter dem Gesichtspunkt des Vernichtungszwecks. Der RGRKomm. (Anm. 5 m zu § 826) führt unter Bezugnahme auf RGE. 63, 294 aus, daß jeder seine Waren zu billigeren Preisen anbieten und verkaufen darf, außer wenn zur Unterbietung eines der oben in § 8 behandelten besonderen

Momente hinzutritt. Callmann[9]) allerdings will die Entscheidung des Reichsgerichts über die Gratisabgaben des Gutenbergverlags[10]) dahin auffassen, daß das Reichsgericht niemals eine Preisunterbietung um ihrer selbst wegen für unsittlich erklären würde; er führt aus, das Reichsgericht sei gar nicht auf den Gedanken gekommen, daß die Gratisabgaben als solche sittenwidrig sein können, es habe den Tatbestand lediglich unter dem Gesichtspunkt der wahrhaften Reklame geprüft[11]).

Der Gedanke, bei der Frage der Sittenwidrigkeit einer Unterbietung auf die Selbstkostengrenze abzustellen, wird positiv vertreten zunächst in dem oben S. 63 f. wiedergegebenen und besprochenen Urteil des OLG. Dresden[12]). Vor allem aber ist er in der zahlreichen Literatur, die im Anschluß an das Urteil des OLG. Düsseldorf vom 25. Juli 1929[13]) entstanden ist, allmählich in den Vordergrund getreten[14]).

Im Anschluß an die Ausführungen von Nipperdey in „Wettbewerb und Existenzvernichtung", aber im Gegensatz zu diesen, vertritt Tschierschky[15]) klar den Standpunkt, daß Unterbieten dann nicht mehr in den Rahmen des echten Leistungswettbewerbs falle, wenn die Selbstkostengrenze unterschritten werde; gleichzeitig lehnt er ab, daß ein solches Verhalten noch mit der Auffassung aller billig und gerecht Denkenden vereinbar sei, und bezeichnet es als unlauteren Wettbewerb. Seine Ausführungen befassen sich jedoch vornehmlich mit dem kartellmäßigen Unterbieten unter Selbstkosten; dadurch werden die leitenden Gesichtspunkte etwas verdunkelt und zwei ganz verschiedene Probleme

---

[9]) M. u. W. 1929, S. 570 ff., und JW. 1930, S. 1649.

[10]) JW. 1928, S. 2364.

[11]) Daß die Verallgemeinerung, die Callmann dieser einmaligen Entscheidung gibt, nicht richtig ist, erhellt aus den Ausführungen unten auf S. 90 ff., insbes. S. 91 Anm. 23, aus denen klar hervorgeht, daß bei Gratisabgaben und bei eigentlicher Preisunterbietung sehr erhebliche Unterschiede in der Interessenlage bestehen können.

[12]) Callmann irrt wohl, wenn er in M. u. W. 1929, S. 571, das Wesentliche an dem Urteil des OLG. Dresden in der Planmäßigkeit der zur Beurteilung stehenden Unterbietung sieht.

[13]) Vgl. o. S. 4, Anm. 4.

[14]) Aus der älteren Literatur geben farblose Andeutungen in dieser Richtung, aber keine klaren und brauchbaren Richtlinien:
Finger, RGes. geg. d. unlaut. Wettbewerb, S. 57 (unter Berufung auf die Begründung des Entw. zum UWG., Reichstag, 12. Legislaturperiode, 1. Sess. 1907—1909).
Seelow, Ges. geg. d. unlaut. Wettbewerb, S. 16.
Pinner-Elster, Unlaut. Wettbewerb, S. 63.

[15]) Kartellrundschau, 1930 S. 259 ff.

durcheinander gewoben[16]): einmal die ganz allgemeine Frage der Unterbietung unter Selbstkosten, die ja auch bei kleinen Einzelunternehmen akut werden kann, und sodann die Frage der Sonderbehandlung wirtschaftlicher Machtkörper; bei letzterer Frage ist außerdem der tiefgreifende Unterschied zwischen Organisationszwang und Vernichtungskampf nicht in den Mittelpunkt gerückt. Da die prinzipielle Sonderbehandlung der „wirtschaftlichen Machtkörper" vom Verfasser für die Frage der Preisunterbietung abgelehnt wurde (vgl. o. zweites Kapitel), werden die folgenden Ausführungen von denen Tschierschkys insofern abweichen, als nicht das kartellmäßige Unterbieten, sondern das Unterbieten als Mittel des Organisationszwangs von der gewöhnlichen Unterbietung unterschieden werden wird und als die letztere für Kartelle und Einzelunternehmen aller Stärkegrade nach denselben leitenden Gesichtspunkten behandelt werden wird. Eine weitere Unzulänglichkeit an den Ausführungen von Tschierschky, die ihren Grund in der Voranstellung der kartellmäßigen Unterbietung haben mag, ist, daß er auf die einzelnen sehr verschiedenartigen Interessen nicht eingeht, denen eine Unterbietung unter Selbstkosten dienen kann und die je nachdem eine ganz verschiedene Bewertung der Preisunterbietung unter Selbstkosten zu begründen vermögen[17]).

In einem Aufsatz von Blum[18]) wird ebenfalls die Preisunterbietung unter Selbstkosten als Behinderungswettbewerb bezeichnet. Ganz klar kommt dies allerdings nicht zum Ausdruck, doch folgt es aus der Stelle auf S. 513 Sp. 1 unten, wo Blum die Reinhardtsche Definition des Leistungswettbewerbs als „Qualitätssteigerung und billige Preisgestaltung" deshalb lobt, weil Reinhardt nicht auf die niedere Preisstellung(Unterbietung), sondern auf die niedere Preisgestaltung, also auf die Senkung der Selbstkosten, abstelle. Für die Frage der Zulässigkeit stellt Blum auf die Intensität der „behindernden" Preisunterbietung ab.

Endlich hat Elster[19]) den Gedanken der Heranziehung der Selbstkostengrenze vertreten; er faßt ihn folgendermaßen, wobei der von Elster gebrauchte Begriff der „Schleuderei" ungefähr mit „Unterschreiten der Selbstkosten" gleichbedeutend sein dürfte:

---

[16]) Hierauf weist Reinhardt in M. u. W. 1930 S. 469 zutreffend hin.

[17]) Darauf weist mit Recht Reinhardt in M. u. W. 1930 S. 470 hin; allerdings zieht er insofern die falschen Konsequenzen aus seinen Bedenken gegen die Ausführungen Tschierschkys, als er die Unterschreitung der Selbstkosten für schlechtweg zulässig erklärt, anstatt auf die einzelnen Interessenlagen einzugehen.

[18]) M. u. W. 1930 S. 512 ff.

[19]) GRUR 1931 S. 213.

„Nicht jede Unterbietung ist schon Schleuderei. Der Abbau der Gewinnspanne ist an sich noch keine Schleuderei. Erst wenn die Spanne so groß (?) wird, daß sie mit einer vernünftigen Kalkulation und einer — auch bescheidenen — geschäftlichen Existenzwahrung nichts mehr zu tun hat, muß man von Schleuderei sprechen. Preisunterbietung kann also Schleuderei sein, braucht es aber nicht zu sein. Ist sie Schleuderei, dann ist nach dem Grunde zu fragen, und ist dieser ein unlauterer, dann ist „Schleudern" auch bei Waren mit freier Preisgestaltung feststellbar und zugleich eine Handlung unlauteren Wettbewerbs."

Dies ist der Stand der Frage in Rechtsprechung und Literatur. Als Resultat dieser Übersicht ergibt sich folgendes: zwingende Gründe lassen sich nicht feststellen, die von vornherein die Berücksichtigung der Selbstkostengrenze ausschlössen; damit ist natürlich die praktische Brauchbarkeit dieses Gedankens noch nicht positiv erwiesen; die Ausführungen derjenigen, die den Gedanken bis jetzt schon vertreten haben, lassen manches ungeklärt und sind nicht restlos überzeugend. Da aber die ganze Frage der Preisunterbietung von einem andern Gesichtspunkt aus bis jetzt nicht befriedigend gelöst wurde, so erscheint der Versuch lohnend, sie unter dem Gesichtspunkt der Unterschreitung der Selbstkostengrenze nochmals in Angriff zu nehmen, und zwar nach der theoretischen Seite wie nach der Seite der praktischen Durchführbarkeit.

§ 13

Preisunterbietung ohne Unterschreitung der Selbstkosten

Auf die Unterschreitung der Selbstkosten als Kriterium der Sittenwidrigkeit abzustellen, wird durch die bisherigen Ausführungen besonders nahegelegt. Es wurde wiederholt festgestellt, daß in einer Rechtsgemeinschaft, die die Gewerbefreiheit als Prinzip hat, eine Preisunterbietung, die kein Verlustgeschäft bedeutet, keinesfalls sittenwidrig sein kann, sofern nicht zur Unterbietung eines der oben in § 8 behandelten, besonderen Momente hinzukommt. Wenn jemand durch geschickteren Einkauf und durch rationellere Gestaltung des Produktionsprozesses billiger produzieren und verkaufen kann als ein anderer oder wenn er sich mit keinem oder einem ganz geringen Ertrag begnügt[1]), so ist eine solche Unterbietung nie sittenwidrig, auch wenn im Gefolge dieser Unterbietung die

[1]) Vgl. darüber, daß es keine „Pflicht zum Gewinn" gibt, Kohler, Unlauterer Wettbewerb, S. 27.

Existenz eines Konkurrenten vernichtet wird, auch wenn der billigere Produzent oder Händler ein internationaler Konzern oder eine Warenhausgesellschaft, der Vernichtete ein Kleinbetrieb ist. Das ist es ja eben, was man vom freien Wettbewerb erwartet: Ausnützung aller Faktoren, die den Produktionsprozeß verbilligen können — und daß auf dem Wege des wirtschaftlichen Fortschritts manche Existenz zerbrochen am Wege liegen bleiben würde, dessen war sich der Gesetzgeber wohl bewußt, als er die freie Konkurrenz rechtlich sanktionierte.

Überall, wo die Unterbietung Ausdruck oder — wie sich im Verlaufe der Darstellung zeigen wird — Vorläufer einer rationelleren Produktions- oder Vertriebsgestaltung ist, da erscheint sie nach dem Prinzip der Gewerbefreiheit ohne weiteres als zulässig. Es wurde nun allerdings oben in der Einleitung schon gestreift, daß der Liberalismus, der die freie Konkurrenz rechtlich sanktioniert hat, nicht mehr die beherrschende Tendenz unserer Rechtsgemeinschaft ist, und es wurde insbesondere auf die Art. 151 I und 164 RV. hingewiesen, die für den Problemkreis dieser Arbeit der sinnfälligste Ausdruck für die Verschiebung des Schwerpunkts der geistigen Strömungen sind. Es erscheint darum nicht abwegig, zu fragen, ob die im vorhergehenden Absatz gebilligte Rationalisierungstendenz mit den antiliberalen Tendenzen, soweit sie sich im Rechtsleben zur Anerkennung gebracht haben, noch zu vereinen ist. Daß aus dem Art. 151 I RV. nicht schlechtweg geschlossen werden kann, daß die Existenz eines andern im Wettbewerbskampf nicht ganz vernichtet werden darf, wurde oben in Kapitel 1 dargelegt; und ebenso ist unklar, wie ein allmähliches Zurückgehen des gewerblichen Mittelstandes als Folge der Rationalisierung des Wirtschaftslebens durch ein auf Art. 164 RV. in Verbindung mit den §§ 826 BGB, 1 UWG. gestütztes privatrechtliches Verbot der Rationalisierung verhindert werden könnte, soll nicht die Volkswirtschaft mit einer Menge lebensunfähiger Existenzen belastet und durch sie gehemmt werden.

Ein anderer Gesichtspunkt aber muß hier noch erwähnt werden: das Problem des „Rechts auf Arbeit". Fast jede Maßnahme der Rationalisierung macht Arbeiter brotlos, ohne daß — wie in der Zeit des Frühkapitalismus — immer neue Nachfrage nach Arbeitskräften auf neuen Gebieten menschlicher Tätigkeit das wachsende Angebot aufzunehmen vermag. Nach Art. 157 RV. steht aber die Arbeitskraft unter dem besonderen Schutz des Reichs; auch Art. 151 I wäre hier heranzuziehen, da die Leistungen der Arbeitslosenversicherung wohl die von Art. 151 I RV. gemeinte Minimalgrenze an Unterhaltsmitteln nicht erreichen und nicht erreichen können. Es zeigt sich in gegenwärtiger Zeit an der wachsenden Belastung der Gemein-

schaft durch Arbeitslosigkeit, daß jedenfalls zur Zeit weitgehende Rationalisierung nicht mehr unbedingt gleichbedeutend mit ökonomischem Fortschritt der Gemeinschaft ist. Es läßt sich nun zweifellos die Ansicht vertreten, daß eine wirtschaftliche Maßnahme unter dem Gesichtspunkt der Schädigung anderer (hier: der Arbeiter und damit der Gemeinschaft) dem Konkurrenten gegenüber sittenwidrig ist, wenn diese Schädigung im Gegensatz steht zu den allgemeinen Wertungen der Gemeinschaft. Allein die letztgenannten Bedenken dürften für die Frage der auf Rationalisierung beruhenden Preisunterbietung nicht durchschlagen und zwar auf Grund folgender Erwägung: es kann nicht jede Maßnahme der Rationalisierung für das Gemeinwohl unter dem Gesichtspunkt schädlich sein, daß dadurch Arbeiter brotlos werden; welche einzelne es aber ist, wird sich immer nur schwer oder gar nicht feststellen lassen. Sodann fehlt uns Menschen der Gegenwart das Urteil darüber, ob tatsächlich — volks- und weltwirtschaftlich gesehen — der Punkt schon erreicht ist, wo keine dem verstärkten Angebot an Arbeit entsprechende neue Nachfrage auf anderen Gebieten mehr auftaucht und ob nicht die gegenwärtigen Hemmungen des Wirtschaftslebens nur eine zeitbedingte, vorübergehende Stagnation darstellen.

Aus diesen Gründen erscheint vorläufig noch dem Verfasser die Rationalisierung des Wirtschaftsprozesses wertbetont, und es wird der wirtschaftliche Fortschritt im Sinne des ökonomischen Prinzips als Direktive für die folgenden Betrachtungen dienen. Danach sind zunächst Unterbietungen, die Ausdruck gesteigerter Produktivität sind, ohne weiteres zulässig; es kann also hier als unangreifbares Ergebnis der bisherigen Ausführungen festgestellt werden, daß — abgesehen von den Fällen des § 8 — eine Preisunterbietung solange nicht als sittenwidrig angesehen werden kann, als nicht die Selbstkosten unterschritten wurden[2]). Es werden aber von diesem Standpunkt aus auch solche Unterbietungen für zulässig zu erachten sein, die Vorläufer einer gesteigerten Produktivität sind, indem sie den zur rationelleren Produktionsgestaltung nötigen größeren Absatz schaffen sollen.

Die dargelegten Grundsätze werden für die Beurteilung der verschiedenen Fälle der Unterbietung unter Selbstkosten heran-

---

[2]) Wenn man die im übernächsten Paragraphen versuchte Unterscheidung der verschiedenen Fälle der Selbstkostenunterschreitung prinzipiell oder wegen ihrer Undurchführbarkeit ablehnt, muß man danach zu dem Ergebnis kommen, daß Preisunterbietung an sich unbeschränkt zulässig sei.

zuziehen sein; sie werden aber auch schon die Bestimmung des Begriffs der Selbstkosten beeinflussen, der durchaus nicht eindeutig ist und deshalb im folgenden Paragraphen vor der Untersuchung der Einzelfälle näher betrachtet werden muß.

Eine Frage allerdings ist hier noch zu erörtern. Es kann die Unterbietung eines Unternehmens die Selbstkostengrenze nicht unterschreiten und dennoch für die Allgemeinheit ohne Vorteil sein, dann nämlich, wenn das unterbietende Unternehmen darauf ausgeht, durch Vernichtung der Konkurrenz eine Monopolstellung zu erringen und diese zum Schaden der Allgemeinheit auszubeuten. Hier ist eine Ausnahme von dem Satz zu machen, daß Unterbietung ohne Unterschreitung der Selbstkosten schlechtweg zulässig sei. Allerdings kann der sittenwidrige „Zweck" die Beurteilung der Unterbietung nur dann beeinflussen, wenn bereits objektive Anhaltspunkte für die Wahrscheinlichkeit des negativ zu bewertenden Erfolgs gegeben sind. Ein solcher Anhaltspunkt für die ausbeuterischen Absichten eines Unternehmens würde aber z. B. vorliegen, wenn ein Unternehmen zwei Produktionszweige umfaßt, im einen Zweig eine Monopolstellung besitzt, diese zum Nachteil der Allgemeinheit ausnützt und nun auch auf dem anderen Gebiet eine Monopolstellung anstrebt. Immerhin kann auch in diesem Fall dem nach dem Monopol strebenden Unternehmen nicht jede Unterbietung der Konkurrenten verboten werden; das hieße ja, das unterbietende Unternehmen wehrlos der Konkurrenz ausliefern; vielmehr wird hier der Richter im Wege der freien Beweiswürdigung eine angemessene Grenze für die Unterbietung festsetzen müssen, derart, daß dem unterbotenen Unternehmen eine angemessene Existenzmöglichkeit verbleibt.

§ 14

Der Begriff der Selbstkosten

Nach den Andeutungen gegen Ende des vorhergehenden Paragraphen handelt es sich bei diesem Begriff nicht um einen rein ökonomischen Begriff, sondern um einen solchen, der bereits normativen Charakter trägt: es soll in diesem Begriff die Wertgrenze festgelegt werden, von der sich sagen läßt, daß ein Verkauf zu einem über ihr liegenden Preis schlechtweg zulässig ist, während der Verkauf zu einem Preis unterhalb dieser Wertgrenze unter bestimmten weiteren Voraussetzungen sittenwidrig ist. Dieser Begriff ist gesondert zu betrachten für die produzierenden Unternehmen und für den Handel.

A. Die Selbstkosten bei der Produktion

Hier sind zunächst die Selbstkosten im engeren Sinne, d. h. die Kosten für Material und Verarbeitung (Produktionskosten) von den Vertriebskosten zu unterscheiden. Bei den Produktionskosten ist auf den wesentlichen Unterschied zweier Arten der Produktion Rücksicht zu nehmen, der mit dem Gegensatz von konstanten und proportionalen Produktionskosten zusammenhängt. Die Fragen, die im einzelnen mit diesem Gegensatz verknüpft sind, gehören ins Gebiet der Volkswirtschaftslehre; wesentlich für das hier zu behandelnde Problem ist folgendes: die konstanten Kosten eines Unternehmens sind diejenigen, die im Gegensatz zum Material und einem Teil der Arbeitslohnkosten (proportionale oder direkte Produktionskosten) nicht dem einzelnen Produkt schlechtweg zugerechnet werden können, sondern im Betrieb als Ganzem ziemlich unabhängig vom Umfang der Produktion in bestimmter Höhe erwachsen. Wenn sich das Unternehmen rentieren soll, so muß durch den Verkaufserlös eines jeden Produkts ein Teil dieser konstanten Kosten abgedeckt werden. Welcher Prozentsatz der konstanten Kosten durch den Verkauf des einzelnen Produkts hereingebracht werden muß, damit die Rentabilität des Unternehmens nicht gefährdet ist, das hängt — da mit dem Zunehmen und Abnehmen des Produktionsumfangs der Umfang dieser Kosten nicht im gleichen Verhältnis zunimmt oder abnimmt — von der Gesamtzahl der erzeugten Produkte ab[1]).

Es sind zunächst Industrien ohne irgendwelche konstante Produktionskosten denkbar, z. B. eine Korbmacherindustrie, die ohne jede maschinelle Hilfsmittel arbeitet und bei der die Arbeit als Heimarbeit gegen Akkordlohn geleistet wird. Hier setzen sich die Selbstkosten des einzelnen Produkts zusammen aus den Kosten des verbrauchten Materials zuzüglich des Arbeitslohns; und diese Selbstkosten ändern sich nicht, gleichgültig ob der Umfang der Produktion zunimmt oder zurückgeht: die konstanten Produktionskosten sind gleich null.

Fälle mangelnder konstanter Kosten finden sich in dieser idealtypischen Reinheit heute nur noch selten. Denn sowie in einem Fall wie dem obigen auch nur das nötige Handwerkszeug vom Unternehmer gestellt wird, so sind schon Ansätze konstanter Kosten gegeben. Immerhin gibt es auch heute noch Unternehmen, bei denen unter Außerachtlassung der konstanten Kosten die Herstellungskosten des einzelnen Produkts lediglich

---

[1]) Welche Kosten im einzelnen als konstante und proportionale zu bezeichnen sind, kann im Rahmen dieser Arbeit naturgemäß nicht untersucht werden, und es muß in dieser Beziehung auf die Betriebswissenschaft verwiesen werden.

als direkte Materialkosten plus Arbeitslohn bezeichnet werden dürfen, so z. B. beim kleinen Baugewerbe. Für diese Fälle sind die mit der Verteilung der konstanten Kosten verbundenen Fragen natürlich bedeutungslos.

Überall aber, wo es sich um eine Dauerproduktion mit stehendem Produktionsapparat handelt, sind die konstanten Kosten ein so beträchtlicher Teil der Selbstkosten, daß sie nicht außer acht gelassen werden können. Da die Schwierigkeiten der Selbstkostenberechnung hauptsächlich in der Verteilung der konstanten Kosten auf die einzelnen Produkte liegen, so empfiehlt sich eine gesonderte Betrachtung der beiden Elemente der Produktionskosten, an die sich die Behandlung der Vertriebskosten anschließen wird.

I. Die Verteilung der konstanten Kosten

Die Schwierigkeit der Selbstkostenberechnung für das einzelne Produkt in Betrieben mit konstanten Kosten ist in der Abhängigkeit des einen Kostenelements vom Umfang der Gesamtproduktion begründet. Die Berechnung kann nun auf verschiedenen Wegen erfolgen, die getrennt zu betrachten sind.

Mathematisch genau kann die Verteilung der konstanten Kosten nur historisch rückblickend für die Erzeugnisse eines bestimmten Zeitraums der Vergangenheit im Wege der Nachkalkulation vorgenommen werden: sämtliche konstante Kosten, die in einem bestimmten Zeitraum erwachsen sind, geteilt durch die Zahl der Produkte, ergibt den auf das einzelne Stück entfallenden Teil der konstanten Kosten. Eine Schwierigkeit taucht auch bei dieser einfachsten Art der Selbstkostenberechnung auf, nämlich die Frage der Abschreibung von Gebäuden, Maschinen u. a. Es ist vielfach verschieden, in welcher Zeit ein Unternehmer eine Maschine abschreiben will, und es ist fraglich, ob ihm hier überhaupt Vorschriften gemacht werden können. Immerhin ist zu sagen, daß es wohl immer unschädlich ist, wenn einer Kalkulation eine zu rasche Abschreibung zugrunde gelegt wird, da diese einen höheren Unkostensatz bedeutet. Eine zu langsame Abschreibung kann dagegen insofern von Erheblichkeit sein, als dadurch vom Unterbietenden ein zu niedriger Selbstkostensatz behauptet werden kann. Da es immerhin trotz der Unsicherheit auf diesem Gebiet Regeln gibt, nach denen sich die eine oder andere Art der Abschreibung als unkaufmännisch bezeichnen läßt, so wird der Selbstkostenberechnung die vom Unternehmer gewählte Art der Abschreibung zugrunde gelegt werden müssen, und ihre offenkundigen Unzulänglichkeiten sind nach der für den Betreffenden günstigsten Art im Sinne reeller kaufmännischer Kalkulation zu berichtigen.

Mit dem Begriff der Selbstkosten im Sinne der Nachkalkulation für eine bestimmte Produktionsperiode kann jedoch nicht immer operiert werden. Wenn die Erzeugnisse vor dem Beginn des Produktionsprozesses oder sogleich nach Fertigstellung offeriert werden, so wird in den seltensten Fällen der Unternehmer den Umfang der Produktion für die Zeit kennen, in der die offerierten Produkte produziert werden; er wird also nicht wissen, welcher Teil der konstanten Kosten auf ein Produkt zu verrechnen sein wird. In diesen relativ häufigen Fällen würde bei Zugrundelegung des Selbstkostenbegriffs der Nachkalkulation die Sittenwidrigkeit der Handlungsweise von einem Moment abhängig gemacht werden, das im Augenblick des Handelns noch völlig unbestimmt und unbestimmbar ist.

Man kann daher daran denken, bei der Untersuchung der Sittenwidrigkeit von den vom Unternehmer auf dem Wege der Vorkalkulation errechneten Selbstkosten auszugehen. Dieser Selbstkostenbegriff ist für die Frage der Sittenwidrigkeit jedoch dann nicht geeignet, wenn objektive, zuverlässige Anhaltspunkte für den zu erwartenden Umfang der Produktion nicht vorhanden sind und deshalb die Vorkalkulation eine äußerst unsichere ist[2]). Feststehende Regeln darüber, ob eine bestimmte Schätzung des zukünftigen Produktionsumfangs kaufmännisch richtig ist oder nicht, sind wohl schwerlich aufzustellen[3]).

Sonach sind die Selbstkostenbegriffe sowohl der Vor- wie der Nachkalkulation nur sehr beschränkt zur Lösung des hier behandelten Problems brauchbar. Ein anderer, durchweg verwendbarer Selbstkostenbegriff kann gefunden werden im Begriff der sogen. optimalen Selbstkosten. In jedem Betrieb gibt es einen Punkt, von dem ab ein Steigen des Produktionsumfangs bei gleichbleibendem Umfang der stehenden Produktionsmittel keine Verringerung der Kosten mehr bringt, sondern relativ steigende Kosten verursacht: als Gründe hierfür mögen genannt sein vor allem die Notwendigkeit stärkerer Abschreibung wegen erhöhter Inanspruchnahme der Maschinen, sodann erhöhte Beleuchtungskosten, höhere Löhne für Überstunden oder Nachtarbeit u. a. m. Die optimalen Selbstkosten eines Produkts sind also diejenigen, die durch ein Zunehmen des Produktionsumfangs

[2]) So insbes. bei Massenfabrikation geringwertiger Gegenstände, bei der die auf das einzelne Produkt entfallende Maschinenamortisationsquote oft ein Vielfaches der direkten Material- und Arbeitslohnkosten beträgt.

[3]) Der Mangel feststehender Regeln über die Richtigkeit einer auf Schätzung beruhenden Selbstkostenberechnung ist wohl auch mit ein Grund, warum es vielfach abgelehnt wird, aus dem Verkauf unter Selbstkosten den Sittenverstoß herzuleiten.

nicht mehr verringert, sondern nur noch gesteigert werden können. Sie sind relativ zuverlässig berechenbar, da bei dieser Berechnung eine Schätzung des Produktionsumfangs nicht vorgenommen werden muß und da sie für Vergangenheit und Zukunft gleichmäßig Gültigkeit besitzen[4]).

Es decken sich nun allerdings die optimalen Selbstkosten mit den tatsächlichen Selbstkosten nur bei einem bestimmten Umfang der Produktion. Für die Verwendbarkeit des Begriffs ist daher die Frage entscheidend, ob der Verkauf über optimalen, aber unter tatsächlichen Herstellungskosten immer schlechtweg zulässig ist; denn nur bei Bejahung dieser Frage kann der Begriff die eingangs dieses Paragraphen genannte Funktion erfüllen. Tatsächlich ist die Frage zu bejahen: wenn ein Unternehmer zwar über den optimalen, aber unter den tatsächlichen Selbstkosten — also mit Verlust — verkauft, so tut er dies meist aus wirtschaftlichen Erwägungen heraus, da jeder Unternehmer bestrebt sein wird, seinen Absatz und damit seine Produktion so zu erweitern, daß der Produktionsumfang der optimalen Selbstkosten erreicht wird. Die Verfolgung dieses Zieles kann aber keinesfalls gegen die guten Sitten verstoßen, da die Absatzerweiterung hier — volkswirtschaftlich gesehen — einen Fortschritt darstellt, indem bei Erreichung des Produktionsumfangs der optimalen Selbstkosten mit relativ geringerem Aufwand ein relativ größerer Erfolg erreicht wird. Zweifellos greift diese Erwägung durch, wenn der Preisstellung des Unterbietenden eine Vorkalkulation zugrunde liegt, die ohne Kenntnis des zu erwartenden Produktionsumfangs aufgestellt wurde. Zweifelhafter ist die Frage der Verwendbarkeit dieses Begriffs, wenn die Unterbietung auf Grund einer Vorkalkulation erfolgt und der Unterbietende genau weiß, daß er den Produktionsumfang der optimalen Selbstkosten nicht erreichen kann, oder wenn die Unterbietung gar auf Grund einer exakten Nachkalkulation erfolgt. Allein auch in den beiden letztgenannten Fällen kann ein sittenwidriges Handeln des mit Verlust Verkaufenden nicht angenommen werden, da der Verkauf unter tatsächlichen, aber über optimalen Selbstkosten immer g e n e r e l l geeignet ist, eine Umsatzsteigerung herbeizuführen, die sich produktionsverbilligend auswirkt. Dies gilt selbst dann, wenn die Erreichung des Produktionsumfangs der optimalen Selbstkosten wegen der Gestaltung der Marktlage, wegen Gegenmaßnahmen oder wegen großer Kapitalreserven der Konkurrenz für absehbare Zeit höchst unwahrscheinlich ist. Die objektive Wahrscheinlichkeit des Erfolgs im Einzelfall muß außer Betracht bleiben, da anders ein

---

[4]) Die Frage der Berechnung im Falle, daß mehrere Produktarten produziert werden, wird unten S. 76 f. behandelt werden.

höchst schwankendes Moment in die Beurteilung des Einzelfalls getragen würde und da zudem sonst dem Wagemut des Unternehmers zu starke Schranken gesetzt würden. Damit ist erwiesen, daß die optimalen Selbstkosten als Kriterium für die Sittenwidrigkeit einer Unterbietung geeignet sind[5]).

Im bisherigen war nur von den Selbstkosten des tatsächlich bestehenden Produktionsapparates die Rede. Es erhebt sich nun die Frage, ob nicht in gewissen Fällen auf eine zukünftige Erweiterung des Unternehmens Rücksicht zu nehmen ist, durch die die optimalen Selbstkosten des Gesamtbetriebs gesenkt werden. Dabei möge unter Erweiterung nicht nur die räumliche Erweiterung durch Bauten usw., sondern auch die sachliche Erweiterung durch Vermehrung oder Modernisierung des Maschinenbestandes verstanden werden. Theoretisch ist die Möglichkeit fast überall und immer vorhanden, durch großartigere Anlagen den Produktionsprozeß bei entsprechendem Absatz immer noch mehr zu verbilligen. Es kann deshalb diese Möglichkeit nur unter besonderen Umständen berücksichtigt werden. Die Absicht des Unternehmers, den Produktionsapparat zu erweitern, genügt hierfür nicht, da ja bei der Beurteilung einer Handlung auf die subjektive Seite allein nicht abgestellt werden darf. Es wird aber eine zukünftige, verbilligende Erweiterung des Produktionsapparates dann zu berücksichtigen sein, wenn objektive Umstände bereits darauf hindeuten, daß tatsächlich diese Erweiterung eintreten wird: der Beginn der Ausführungsarbeiten, etwa des Neubaus, oder die Bestellung der Maschinen (aber nicht etwa nur das Einholen von Offerten) würde z. B. einen solchen objektiven Umstand darstellen. In solchem Falle sind für die Frage der Unterbietung die optimalen Selbstkosten der erweiterten Anlage maßgebend; denn es ist berechtigt, für den zu erwartenden größeren Produktionsumfang den nötigen Absatz durch Unterbietung zu einem dauernd haltbaren Preise zu schaffen.

Die Berechnung der optimalen Selbstkosten stößt auf besondere Schwierigkeiten in den bisher nicht beachteten Fällen, in denen ein Betrieb mehrere verschiedenartige Produkte

---

[5]) Bei Verkauf über optimalen Selbstkosten kann zwar im Einzelfall Behinderungswettbewerb im Sinne Lobes (vgl. o. § 11) vorliegen, etwa dann, wenn ohne Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses eine gleiche Preisherabsetznug auch bei größter Umsatzsteigerung den Gesamtertrag des Unternehmens nicht heben würde, weil der Gewinn am einzelnen Produkt nur ein ganz minimaler ist im Verhältnis zu dem Gewinn vor der Preisherabsetzung. Allein da hier die Unterbietung immer noch in einem gewissen Verhältnis zu der ökonomischen Leistungsfähigkeit des Unterbietenden steht, ist sie keinesfalls übermäßiger Behinderungswettbewerb und daher zulässig.

produziert[6]) und darum bei der Kalkulation sich das schwierigste Problem erhebt: das der Verteilung der allgemeinen Betriebskosten auf die einzelnen Produktarten. Die Betriebslehre hat zur Lösung dieses Problems Verteilungsschlüssel für die Kalkulation des Unternehmers ausgearbeitet und auch hier läßt sich wohl — wenn auch unter größeren Schwierigkeiten — ein optimaler Produktionsumfang der verschiedenen Produkte errechnen. Allein selbst wenn die optimalen Selbstkosten in den Fällen mehrerer Produktarten bekannt sind, so kann — wie im folgenden Paragraphen dargelegt werden wird — aus der Unterschreitung der Selbstkosten hier nur selten auf die Sittenwidrigkeit geschlossen werden, so daß in vielen Fällen wohl nur von den proportionalen Kosten ausgegangen werden kann.

Schwierigkeiten stellen sich der Feststellung der optimalen Kosten auch da entgegen, wo es sich um eine Mehrheit von getrennten Produktionsapparaten mit verschieden hohen Unkostensätzen handelt, deren Verkauf einheitlich durch ein und dieselbe Stelle besorgt wird. Gedacht ist dabei sowohl an zusammengeschlossene Unternehmen (Fusion, Trust), als auch an Verkaufssyndikate, die durch selbständige Einzelunternehmen gebildet werden. Die optimalen Selbstkosten welches Betriebes sollen hier maßgebend sein? Es geht nicht an, jede verkaufte Ware auf ihre Herkunft zu untersuchen und die Selbstkosten des tatsächlichen Erzeugerbetriebs maßgebend sein zu lassen; denn erstens wird die Feststellung der Herkunft nicht immer möglich sein und zweitens ist es im Moment des Verkaufs häufig nicht klar, aus welchem Betrieb die zu liefernden Waren werden entnommen werden. Vor allem aber muß das Hauptinteresse eines fusionierten Unternehmens oder eines Verkaufssyndikats eine einheitliche Preispolitik sein; wollte man also auf die tatsächliche Herkunft der Waren abstellen und die optimalen Selbstkosten des Erzeugerbetriebs zugrunde legen, so wäre im Interesse der einheitlichen Preispolitik die Verkaufsstelle gezwungen, ihrer Politik die optimalen Selbstkosten des unrentabelsten Betriebs als untere

---

Nach den bisherigen Ausführungen ist also der Verkauf über optimalen Selbstkosten immer eine „an sich berechtigte" Handlung im Sinn der oben auf S. 31 zitierten RGE. 71, 173. Das Motiv der Rachsucht kann daher eine solche Unterbietung nicht zur sittenwidrigen machen. Über die Bedeutung des sittenwidrigen „Zwecks" vgl. oben S. 71.

[6]) Wenn im folgenden häufig von Betrieben mit mehreren Produktarten gesprochen werden wird, so sind damit nicht schon die Fälle gemeint, in denen verschiedene Größen und Qualitäten desselben Artikels produziert werden, vielmehr nur die Fälle, in denen es sich um wirklich verschiedenartige Produkte handelt, etwa um Fahrräder und Autos; eine exakte Abgrenzung ist natürlich unmöglich, es ist auf den Einzelfall abzustellen.

Preisgrenze zugrunde zu legen. Dies aber kann nicht verlangt werden: ein solches Verlangen würde nicht nur den Konzern bzw. das Syndikat gefährden, es würde auch die Preise in unwirtschaftlicher Weise hoch halten und damit die Allgemeinheit schädigen. Auch der Zugrundelegung der optimalen Selbstkosten des billigsten Betriebs stehen Bedenken entgegen, da eine Preisstellung auf dieser Grundlage für den Trust oder das Syndikat als Ganzes ein Verlustgeschäft bedeutet, das auf die Dauer nicht durchgeführt werden kann, weil die optimalen Selbstkosten des Gesamtverbandes höher liegen. Es kann sich also nur darum handeln, die optimalen Selbstkosten des Trusts oder des Syndikats im ganzen zugrunde zu legen, eine dritte Möglichkeit gibt es nicht[7]).

Eine andere Frage als die eben behandelte ist die, ob Einzelunternehmen dann einer Sonderbehandlung unterliegen, wenn sie einer Organisation angeschlossen sind, die eine Preisregelung und Gewinnverteilung unter ihren Mitgliedern vornimmt. Hier ist im Gegensatz zu den Fällen des vorigen Absatzes Unterbietender nach wie vor das Einzelunternehmen. Darf dieses seine optimalen Selbstkosten schlechtweg unterschreiten, wenn die Preisfestsetzung durch den Verband dies erfordert[8])? Dieser Fall ist etwa so denkbar, daß das Unternehmen aus einem Kampffonds des Verbandes zwecks Vernichtung eines Konkurrenten unterstützt wird. Hier werden die optimalen Kosten des einzelnen Unternehmens maßgebend bleiben und wird eine Sonderbehandlung abgelehnt werden müssen, da bei einem bloßen Preisfestsetzungs- und Gewinnverteilungskartell die Grundlagen für eine Feststellung der optimalen Selbstkosten des Gesamtverbandes, die doch sonst maßgebend sein müßten, gar nicht vorhanden sind.

Aus diesen ganzen Ausführungen erhellt, daß bei Großunternehmen und Verbänden die Feststellung der optimalen Selbstkosten für den Richter ungeheuer schwierig ist. Es ist deshalb wichtig, darauf hinzuweisen, daß nicht in allen Fällen eine solche

---

[7]) Die Feststellung dieser optimalen Selbstkosten wird immer mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein; ein Bedürfnis danach wird aber auch deshalb nicht besonders häufig eintreten, weil es sich bei Unterbietung solcher Wirtschaftssubjekte meist um Maßnahmen des Organisationszwangs handelt, für deren Beurteilung die Selbstkostengrenze von minderer Bedeutung ist (vgl. u. fünftes Kapitel).

[8]) Die Frage wird selten akut werden, da kein Unternehmen in einen Verband aufgenommen werden wird, dessen Selbstkosten wesentlich höher als die der übrigen Mitglieder liegen, jedenfalls dann nicht, wenn die Gewinnverteilung in Frage kommt; ohne eine solche aber wird sich das Unternehmen der Preisfestsetzung des Verbands nicht fügen, da sie ja den sicheren Ruin für es bedeutet.

Feststellung notwendig ist, so insbesondere dann nicht, wenn bei der Unterbietung die (leichter feststellbaren) proportionalen Kosten unterschritten wurden.

II. Die proportionalen Produktionskosten

Hierzu ist nur wenig zu bemerken. Selbstverständlich dürfen auch hier der Preisstellung in gewissem Sinn die optimalen Kosten zugrunde gelegt werden, so daß also Lohnzuschläge für Überstunden oder Nachtarbeit unberücksichtigt bleiben können.

Schwierigkeiten bereiten unter Umständen Veränderungen in den Rohstoffpreisen oder in den Arbeitslöhnen. Welcher Lohn, welcher Rohstoffpreis muß zugrunde gelegt werden, wenn sie zur Zeit des Verkaufs anders sind als die tatsächlich erwachsenen Auslagen in dieser Richtung[9])? Sind die Arbeitslöhne oder Rohstoffpreise zur Zeit des Verkaufs niedriger geworden, so darf der Unternehmer wohl die neuen, niedrigeren Kosten zugrunde legen; das ist gerechtfertigt durch die sonst bestehende Gefahr, von solchen Konkurrenten aus dem Markt verdrängt zu werden, die keine Lagervorräte hatten und bereits tatsächlich zum neuen Preis bezogen bzw. mit den niedrigeren Löhnen gearbeitet haben. Haben sich Arbeitslöhne oder Rohstoffpreise zur Zeit des Verkaufs höher entwickelt, so darf der Unternehmer selbstverständlich die Früchte seiner Vorsorge genießen und seiner Preisstellung die tatsächlichen, geringeren Auslagen zugrunde legen.

Anders zu beurteilen ist der Fall, daß ein Unternehmer die früheren niedrigeren Arbeitslöhne oder Rohstoffpreise zugrunde legt, während ihm tatsächlich die höheren Auslagen erwachsen sind. Selbstverständlich sind hier bei der Berechnung die tatsächlichen Selbstkosten zugrunde zu legen, es kann sich daraus ergeben, daß trotz äußerlich gleichbleibender Preise ein Unterbieten vorliegt, wenn nämlich bei allgemeinem Steigen der Kosten ein Unternehmer sich dieser Aufwärtsbewegung nicht anpaßt.

III. Die Vertriebskosten

Auch bei der Einrechnung der Vertriebskosten bieten keine Schwierigkeiten die Sonderkosten, die für den Verkauf des einzelnen Produkts entstehen; hierher gehört etwa die Provision des Verkaufsagenten oder des Kommissionärs[10]). Dagegen ist die Verrechnung der konstanten Vertriebskosten auf das einzelne

---

[9]) Insoweit in den konstanten Kosten auch Arbeitslöhne enthalten sind (Gehalt der Angestellten, des Hausverwalters usw.), gelten die folgenden Ausführungen auch für die Berechnung der konstanten Kosten.

[10]) Im Fall des Verkaufs durch Kommissionäre ist als der tatsächliche Verkaufspreis, der mit den Selbstkosten zu vergleichen ist, das dem Kommissionär gesetzte untere Preislimit anzusehen.

Produkt nicht leicht. Bei Unternehmen, in denen die Vertriebsorganisation eine relativ geringe Rolle spielt, sind die konstanten Kosten der kaufmännischen Führung des Unternehmens meist in den allgemeinen Betriebskosten enthalten; eine Sonderbehandlung erübrigt sich dann.

Anders ist es bei Unternehmen mit hohen allgemeinen Vertriebskosten. Es kann ja sein — etwa bei Massenfabrikation geringwertiger Erzeugnisse (Kukirol) —, daß die Kosten für den Vertrieb, insbesondere die Reklamekosten, den Produktionskosten gleichkommen oder sie übersteigen. Diese Kosten können deshalb nicht ohne weiteres außer Betracht bleiben, weil sie in gewissem Sinn auch produktiv wirken, indem erst der durch starke Reklame geschaffene Massenumsatz die komplizierten, aber ungeheuer verbilligenden Maschinen rentabel macht, — weil also ohne diese Reklame nur eine wesentlich teurere andere Produktionsart möglich wäre. Die richtige Verteilung solcher Vertriebskosten auf das einzelne Produkt ist relativ schwierig. Der Begriff der optimalen Selbstkosten versagt hier, da sich der Umfang der Reklame, durch den mit dem relativ geringsten Aufwand der relativ größte Umsatz zu erzielen ist, niemals einigermaßen zuverlässig feststellen läßt. Hier gibt es keine andere Lösung, als daß der Richter, der die Zulässigkeit der Preisunterbietung zu prüfen hat, — von den optimalen Produktionskosten ausgehend — unter Berücksichtigung der tatsächlichen, durchschnittlichen konstanten Vertriebskosten und unter Berücksichtigung auch ihrer Notwendigkeit für das betreffende Unternehmen sich seine Überzeugung davon bildet, ob eine Ware unter Selbstkosten verkauft wurde oder nicht.

B. Die Selbstkosten beim Handel

Hier liegen die Dinge wesentlich einfacher. Die proportionalen Selbstkosten des Eigenhändlers sind der Einkaufspreis. Die Bedeutung der konstanten Selbstkosten für den Preis der einzelnen Ware schwankt von völliger Unwichtigkeit (etwa bei einem Engroshändler hochwertiger Gegenstände, der nur ein kleines Büro unterhält) bis zu einer gewissen Bedeutung (man denke etwa an die relativ hohen konstanten Kosten eines Warenhauses). Soweit überhaupt die konstanten Kosten eine beachtenswerte Rolle spielen, bietet die Feststellung der Selbstkosten des Händlers gewisse Schwierigkeiten, denn auch hier kann im Gegensatz zu den Produktionskosten der Begriff der optimalen Kosten nicht verwandt werden; es wird daher hier meist nur vom Einkaufspreis als dem variablen Teil der Selbstkosten aus-

zugehen sein[11]), — und das auch deshalb, weil es sich häufig, z. B. bei Warenhäusern, um verschiedene Zweige der Handelstätigkeit handelt und dadurch das Verteilungsproblem große Schwierigkeiten bereitet. Immerhin wird es Fälle geben, bei denen der Richter unter Berücksichtigung aller Umstände im Wege freier Beweiswürdigung zu der Überzeugung kommen kann, daß Waren zwar über den variablen, aber unter tatsächlichen Selbstkosten verkauft wurden.

Im Gegensatz zum Eigenhändler wird der Kommissionär im allgemeinen gar nicht als Unterbietender erscheinen, da ihm regelmäßig die zu fordernden Preise vorgeschrieben sind. Nur dann, wenn er eigenmächtig das ihm gesetzte untere Preislimit unterschreitet, wird er so anzusehen sein, wie wenn er unter Selbstkosten verkaufte; doch gilt auch das nur dann, wenn sein Verlust den Betrag seines Provisionsanspruchs überschreitet; denn seinen Provisionsanspruch zu opfern, kann ihm nicht verwehrt werden.

§ 15

Die Einzelfälle der Leistung unter Selbstkosten[1])

Hier ist zunächst zu berücksichtigen[2]), daß keinesfalls die Beschädigung des eigenen Vermögens das Kriterium für die Sittenwidrigkeit einer Unterbietung sein kann. Eine solche ist nur dann anzunehmen, wenn ein Herabgehen auf die Preise des Unterbietenden auch für den Unterbotenen ein Verlustgeschäft — nicht nur Verringerung seines Gewinns — bedeutet. Es ist jedoch kein Grund vorhanden, auf die optimalen Selbstkosten des Unterbotenen abzustellen, entscheidend sind dessen tat-

---

[11]) Die Sittenwidrigkeit des Verkaufs über Einkaufspreis kann dann nicht etwa darauf gestützt werden, daß der Händler von einem in sittenwidriger Weise schleudernden Lieferanten erworben hat; die Voraussetzungen, unter denen die Unterbietung eines Produzenten sittenwidrig ist, sind so schwer erkennbar, daß es dem Händler nicht zur Pflicht gemacht werden kann, sich über die Angemessenheit der Preise seines Lieferanten Gedanken zu machen oder die Berechtigung seiner Unterbietung zu prüfen. Eine Ausnahme wird nur im Falle eines ausgesprochenen Komplotts zu machen sein.

[1]) Es werden jedoch die Fälle, in denen die Preisunterbietung ein Mittel des Organisationszwangs ist, hier unberücksichtigt gelassen und im fünften Kapitel besonders betrachtet werden, da dabei andere Gesichtspunkte als die Unterschreitung der Selbstkostengrenze maßgebend sind.

[2]) Vgl. Nipperdey, Wettbewerb und Existenzvernichtung, S. 25.

sächliche Selbstkosten[3]). Tatsächlich wird meistens eine Unterbietung unter optimalen Selbstkosten auch die tatsächlichen Selbstkosten der Konkurrenz unterschreiten; denn der Unterbietende würde wohl kaum zu Kampfpreisen als Mittel des Konkurrenzkampfes greifen, wenn der Unterbotene billiger arbeiten würde als er selbst.

Wenn ein Gewerbetreibender eine Leistung unter seinen optimalen Selbstkosten und unter den tatsächlichen Selbstkosten der Konkurrenz vollbringt, so ist das in der Regel nur eine vorübergehende Erscheinung, denn kein Unternehmen kann auf die Dauer von Verlusten existieren, eine Preiserhöhung muß früher oder später nachfolgen[4]). Es bedeutet dieses Verhalten auf jeden Fall[5]) eine Schädigung der Konkurrenz[6]): denn ihr droht Verlust der Kunden, wenn sie nicht ebenfalls mit den Preisen herabgeht, und finanzielle Verluste drohen ihr, wenn sie sich der Preispolitik des Konkurrenten anpaßt. Die Interessen der Kon-

[3]) Es ist aber zu beachten, daß bei der hiernach erforderlichen Vergleichung der Verkaufspreise des Unterbietenden mit den Selbstkosten des Unterbotenen auch darauf abzustellen ist, ob die Konkurrenten ihre Ware auf die gleiche Weise an den Konsumenten weiterleiten oder nicht. Tritt etwa der eine Produzent durch eine eigene Verkaufsorganisation in direkte Beziehungen zum Verbraucher, während der andere nur an selbständige Händler liefert, so müssen bei diesem Vergleich entweder die Vertriebskosten des einen von seinen Selbstkosten abgezogen oder es muß den Produktionskosten des andern ein angemessener Satz Vertriebskosten hinzugerechnet werden.

[4]) Eine Ausnahme gilt nur in den Sonderfällen, in denen die Verluste durch Gewinne auf anderen Märkten oder mit anderen Produkten dauernd ausgeglichen werden. Vgl. hierüber unten S. 89.

[5]) Nur in seltenen Ausnahmefällen kann es an dieser Schädigungswirkung fehlen; etwa dann, wenn ein junger Bauunternehmer, der eine Probe seines Könnens ablegen will, einen Freund, der sonst nicht ans Bauen dächte, dadurch zu einem Bauauftrag überredet, daß er selbst auf Verdienst verzichtet und sogar etwas darauf legen will; hier erscheint sowohl § 826 BGB. wie § 1 UWG. unanwendbar.

Nicht aber ist die Schädigungswirkung dadurch ohne weiteres als ausgeschlossen zu betrachten, daß die Initiative zu einem Leistungsvertrag unter Selbstkosten vom Abnehmer ausgeht, der mit einer bestimmten Offerte an den Lieferanten herantritt. Nur wenn der Abnehmer die Absicht hat und äußert, entweder dem Angebotsempfänger zu dem offerierten Preis den Auftrag zu geben oder ihn überhaupt nicht ausführen zu lassen, kann die Schädigung ausgeschlossen erscheinen. Sonst aber kann sittenwidriges Unterbieten je nach den Umständen auch dann vorliegen, wenn nicht der Unterbietende an die Abnehmer herangetreten ist.

[6]) Wenn auch eventl. nur als Folge der Unterbietung, nicht als Mittel des Wettbewerbskampfs in dem oben in § 9 unter 2 entwickelten Sinn.

kurrenz sind immer gleichermaßen verletzt, aus welchem Grund auch die Unterbietung erfolgen mag. Verschieden groß und verschieden schutzbedürftig aber sind die entgegenstehenden Interessen des Unterbietenden. Denkt man an den Fall, daß etwa ein Unternehmen in Zeiten der Depression einen Stamm gelernter Arbeiter erhalten will, so erhellt, daß zweifellos in manchen Fällen die Interessen des Unterbietenden so berechtigt sind, daß ihnen gegenüber die Interessen des Unterbotenen nicht schutzwürdig erscheinen[7]).

Nach welchem Kriterium sollen nun die Fälle zulässiger und unzulässiger Unterbietung unter Selbstkosten unterschieden werden? Auf die Motive des Unterbietenden allein darf ja nicht abgestellt werden; es müssen objektive Momente der Sittenwidrigkeit vorliegen und nur zusammen mit solchen sind die subjektiven Momente zu berücksichtigen.

Letztes Motiv der Unterbietung — auch der verlustbringenden — ist natürlich, eine für das eigene Unternehmen günstige Wirkung zu erzielen[8]), die auch darin bestehen kann, daß eine ungünstige Entwicklung vermieden wird. Es werden nunmehr im folgenden rein theoretisch die objektiven Möglichkeiten betrachtet werden, wie eine Unterbietung unter Selbstkosten im Effekt sich günstig auf das Unternehmen des Unterbietenden auswirken kann; dabei soll darauf geachtet werden, woran man im Einzelfall erkennen kann, ob der eine oder andere Erfolg auch tatsächlich vom Unterbietenden erstrebt wurde. Dann erst kann die Frage aufgeworfen werden, ob eine Unterbietung gegen die guten Sitten verstößt, durch die vorsätzlich der betreffende Erfolg herbeigeführt werden soll.

Es sind nun zwei grundsätzlich verschiedene Arten zu unterscheiden, wie eine verlustbringende Unterbietung sich günstig

---

[7]) Daß nicht jeder Verkauf unter Selbstkosten unzulässig ist, kann mittelbar aus den Ausverkaufsbestimmungen in §§ 7 ff. UWG. abgeleitet werden; hätte der Gesetzgeber eine andere Ansicht gehabt, so hätte er zweifellos im Zusammenhang mit diesen Paragraphen ein entsprechendes Verbot aufgestellt.

[8]) Wenn die Rücksicht auf die Förderung des eigenen Unternehmens gar nicht bestimmend ist, ist § 1 UWG. mangels eines „Handels zu Zwecken des Wettbewerbs" unanwendbar; so etwa in dem Fall, daß ein Unternehmen seine Arbeiter in Zeiten der Depression nicht brotlos machen will (oft wird hier allerdings auch die Erhaltung des Arbeiterstamms und damit indirekt die Förderung des eigenen Unternehmens bezweckt sein). Eine Anwendung von § 826 BGB. kommt in diesem Fall ebenfalls nicht in Frage. Wenn die Unterbietung ausschließlich durch ein Motiv wie Rachsucht bedingt war, so daß § 1 UWG. ebenfalls ausscheidet, ist § 826 dennoch solange unanwendbar, als nicht die Unterbietung gemäß den folgenden Ausführungen objektiv negativ zu bewerten ist.

auf das eigene Unternehmen auswirken kann, und zwar je nachdem ob die Schädigung der Konkurrenz begriffsnotwendig für den Eintritt der günstigen Wirkung ist oder ob sie nur eine — an sich nicht notwendige — Nebenerscheinung der Unternehmensförderung ist, also auch eintreten könnte, wenn ein Konkurrenzverhältnis gar nicht bestände[9]).

I. Zu den Fällen der letztgenannten Art gehören diejenigen, in denen aus innerbetrieblichen Gründen die Unterbietung günstig auf das Unternehmen wirkt.

Hierher ist zu zählen zunächst der schon erwähnte Fall, daß in schlechten Zeiten ein Stamm gelernter Arbeiter dem Unternehmen nicht verloren gehen soll. Die objektiv günstige Wirkung ist in diesen Fällen die Verhinderung des Eintritts von Bedingungen, die in der Zukunft größere Nachteile gebracht hätten als die Nachteile, die durch die vorübergehenden Verlustgeschäfte entstehen. Objektives Kennzeichen für diese Lage ist die Depression. Hierher gehören ferner: die rasche Räumung des Warenlagers zur Platzbeschaffung; der rasche Verkauf zwecks Bargeldbeschaffung zur Vermeidung von Bankschulden mit besonders hohem Zinsfuß; die Vermeidung eines noch größeren Verlustes bei bevorstehendem Preissturz, für den objektive Anzeichen vorhanden sind; hierher gehört auch der Verkauf von Restbeständen, die anders — etwa infolge Modenwechsels — unverkäuflich wären. Daß in diesen Fällen die Förderung des eigenen Unternehmens begrifflich nicht bedingt ist durch die Schädigung der Konkurrenz, ist klar. Objektives Kennzeichen für die Erstrebung dieser Wirkungen ist die Beschränkung der Verlustgeschäfte auf einen gewissen Warenbestand und auf eine gewisse Zeit.

Es bedarf keiner besonderen Begründung, daß Handlungen, die objektiv den bisher erwähnten Interessen des Unternehmens dienen und subjektiv dazu bestimmt sind, keinesfalls gegen die guten Sitten verstoßen; denn eine andere Stellungnahme würde eine völlig untragbare Beschränkung des Kaufmanns in der Führung seines Unternehmens bedeuten[10]).

Das Verlustgeschäft kann dem eigenen Unternehmen ferner günstig sein aus Gründen, die mit der Eigenart der konstanten

---

[9]) Es handelt sich hier um die oben in § 9 als notwendig bezeichnete Unterscheidung.

[10]) Durch diese Grundsätze bleiben natürlich die Vorschriften der §§ 7 ff. UWG. unberührt; eine Kollision mit diesen Paragraphen kann nicht eintreten, da ja — anders als die hier behandelten Fälle — der Ausverkauf begrifflich eine „Ankündigung" bestimmter Art, und zwar mit dem Hinweis auf einen fest umgrenzten Warenvorrat voraussetzt; vgl. Steckhahn, Ausverkaufsähnliche Veranstaltungen, S. 38 ff.

Kosten zusammenhängen. Es kann zunächst in Zeiten der Depression ein Verkauf mit einem geringen Zuschlag zu den variablen Kosten des Einzelprodukts günstiger sein als das Nichtverkaufen, weil auch bei völliger Stillegung des Unternehmens konstante Kosten entstünden, die höher sind als die Summe, die man bekommt, wenn man von den tatsächlichen bei Weiterführung des Unternehmens entstehenden konstanten Kosten den Erlös aus den Zuschlägen zu den variablen Kosten abzieht. Objektives Merkmal dieser Lage ist die Depression. An der Zulässigkeit der Verfolgung dieses Ziels kann ebenfalls kein Zweifel bestehen.

Allein auch in günstigen Zeiten kann ein Verlustgeschäft aus innerbetrieblichen Gründen dem Unternehmen — und zwar sogar auf die Dauer — förderlich sein, nämlich dann, wenn es sich um ein Unternehmen mit mehreren Produktionszweigen handelt. Es wurde oben bei der Bestimmung des Begriffs der Herstellungskosten bereits erwähnt, daß bei Unternehmen mit verschiedenen Produktionszweigen besondere Schwierigkeiten auftauchen, und zwar zunächst die Schwierigkeit der Bestimmung der optimalen Selbstkosten für das Einzelprodukt. Jetzt kommt hinzu, daß einem solchen Unternehmen schon dann gedient sein kann, wenn die einzelnen Produkte des einen Produktionszweigs nur mit einem geringen Zuschlag zu den variablen Kosten verkauft werden, da der größte Teil der konstanten Kosten durch andere Zweige des Unternehmens hereingebracht wird. Es muß grundsätzlich dem Kaufmann hinsichtlich der Verteilung der konstanten Kosten auf die einzelnen Zweige seines Unternehmens in der Kalkulation Freiheit gelassen werden; eine dauernde Preispolitik der geschilderten Art verstößt weder gegen das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden", noch ist eine allgemeine Beschränkung des Kaufmanns in dieser Hinsicht rechtspolitisch wünschenswert. In besonderen Fällen kann jedoch die Verwendung von Gewinnen in den anderen Zweigen zur Bekämpfung der Konkurrenz auf einem Zweiggebiet sittenwidrige Formen annehmen; hierauf wird im folgenden zurückzukommen sein.

II. Eine günstige Wirkung kann nun aber auch nur bei Vorhandensein einer Konkurrenz denkbar und begrifflich von der Schädigung der Konkurrenz abhängig sein. Hier sind zwei verschiedene Interessenlagen zu unterscheiden, je nachdem, ob die Schädigung der Konkurrenz zur Erhaltung des eigenen Unternehmens notwendig ist, oder ob es sich um eine Erweiterung des Machtrahmens handelt, obwohl sehr wohl für die Konkurrenten nebeneinander Platz wäre.

1. Die Fälle der Unternehmenserhaltung.

Man stelle sich zunächst zwei Konkurrenten vor, deren Markt ungefähr derselbe ist und die beide nur die Ware produzieren, hinsichtlich deren das Konkurrenzverhältnis besteht. Wenn in diesem Fall infolge Veränderungen in den Nachfrageverhältnissen oder aus sonstigen Gründen[11]) nicht mehr beide nebeneinander existieren können, so ist für beide eine gewissermaßen notstandsähnliche Lage gegeben. Wenn aus dieser heraus der eine Konkurrent zum Mittel der verlustbringenden Preisunterbietung mit dem Ziel der Vernichtung des Gegners greift, so kann auch dieses Verhalten nicht als sittenwidrig bezeichnet werden; denn es ist gegenüber dem langsamen Niedergang, der sonst beide Konkurrenten treffen würde, wohl das kleinere Übel; dies gilt auch dann, wenn der Ausgang des durch die Kampfpreise begonnenen Existenzkampfes völlig unsicher ist und daher dem Preiskampf etwas hasardeurhaftes anhaftet.

Der Fall kann bei einem oder bei beiden Konkurrenten dadurch kompliziert werden, daß neben dem Markt, auf dem sich der Preiskampf abspielt, andere Märkte gegeben sind, in denen kein Konkurrenzverhältnis zwischen den betreffenden Unternehmen besteht (räumliche Beschränkung des Konkurrenzverhältnisses), oder dadurch, daß mehrere Produktionszweige bestehen, die Unternehmen aber nur hinsichtlich eines Produktes konkurrieren (sachliche Beschränkung des Konkurrenzverhältnisses)[12]). Liegt eine solche Beschränkung nur auf seiten des Unterbotenen vor, während der Unterbietende nur das Konkurrenzprodukt produziert und nur das Kampfgebiet als Markt hat, so ist der Zwischenerfolg, von dem die günstige Wirkung der Unterbietung abhängt, die volle Verdrängung des Unterbotenen aus dem Kampfgebiet oder aus dem Absatz des Konkurrenzproduktes. Auch dieser Fall muß für zulässig erachtet

---

[11]) Zu diesen sonstigen Gründen zählt vor allem die Überproduktion; auf ihr Verhältnis zur Depression braucht im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen zu werden, da ja beide Umstände eine Unterbietung gleichermaßen rechtfertigen. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn die Überproduktion nachweislich bewußt vom Unterbietenden herbeigeführt wurde, um den anschließenden Existenzkampf zur Vernichtung des Gegners im Sinn der unter 2 folgenden Ausführungen zu benützen.

[12]) Über die Bedeutung der „mehreren Produktionszweige" vgl. o. S. 77 A. 6. Auch bezüglich der Frage, wann von verschiedenen Marktgebieten gesprochen werden kann, ist auf den Einzelfall abzustellen; erforderlich wird wohl sein, daß es sich nicht nur um geringe räumliche Verschiedenheiten in den Absatzgebieten handelt, sondern um größere, abgerundete, womöglich organisatorisch abgetrennte Gebiete.

werden, da ja die Notwendigkeit der Unterbietung zur Existenzrettung vorausgesetzt ist.

Die Beschränkung der Konkurrenz kann sodann nur auf der Seite des Unterbietenden gegeben sein; dann ist eine günstige Wirkung nur im Falle der Vernichtung des Konkurrenten denkbar, während die hier vorausgesetzte Notwendigkeit für den Angreifer zu solchem Vorgehen entweder darin bestehen kann, daß er den Teilmarkt sich erhalten will oder darin, daß er seine durch den Verlust des Teilmarkts überhaupt bedrohte Existenz erhalten muß. Im Fall der absoluten Notwendigkeit ist zweifellos das Interesse des Unterbietenden stark genug, um sein Vorgehen zu rechtfertigen; zweifelhafter ist die Zulässigkeit im Fall der relativen Notwendigkeit: allein sie wird auch hier zu bejahen sein, denn eine andere Stellungnahme käme der Statuierung einer Pflicht gleich, der Konkurrenz das Feld zu räumen.

Die Beschränkung der Konkurrenz kann auch bei beiden Konkurrenten gegeben sein. In diesem Fall ist das Interesse des Unterbietenden dasselbe wie in dem zuletzt behandelten Fall; der Umstand, von dem die günstige Wirkung der Unterbietung abhängt, ist derselbe wie im vorletzten Fall. Noch weniger als im letzten Fall kann hier an der Zulässigkeit der Unterbietung gezweifelt werden.

Für die Fälle der sachlich beschränkten Konkurrenz sei noch bemerkt, daß eine Abgrenzung zu der unter I behandelten Lage im Falle mehrerer Produktionszweige sich erübrigt, da ja beide Fälle gleichermaßen für zulässig erklärt wurden.

2. In den nun folgenden Fällen der Unternehmensentfaltung wird vorausgesetzt, daß die Existenz des Unterbietenden in keiner Weise gefährdet ist bzw. daß der räumlich oder sachlich beschränkte Konkurrenzmarkt sich auch ohne Kampfpreise rentieren würde, so daß in allen Fällen das Interesse des Unterbietenden das der Erweiterung seines Machtrahmens ist.

In dem ersten Fall, daß auf keiner Seite eine räumliche oder sachliche Beschränkung vorliegt, ist eine günstige Wirkung der Unterbietung nur denkbar, wenn sie zum völligen Ausscheiden des Konkurrenten führt[13]). In diesem Fall muß die Preisunterbietung als sittenwidrig bezeichnet werden. Es wird hier ein Vorteil im Wirtschaftskampf erstrebt, dessen Erreichung sich nicht volkswirtschaftlich günstig für den Verbraucher auswirken kann und der seinen Grund nicht in größerer Leistungsfähigkeit

---

[13]) Über die nur der Theorie angehörige Möglichkeit einer günstigen Wirkung der Unterbietung unter Selbstkosten als Reklamemittel vgl. unten III.

im ökonomischen Sinne hat[14]). Es handelt sich in diesem Falle, sofern nach dem Kräfteverhältnis der Konkurrenten der Ausgang des Kampfes ungewiss ist, um eine hasadeurhafte, reeller kaufmännischer Gesinnung widersprechende Maßnahme; auf jeden Fall aber — und besonders dann, wenn nach dem Kräfteverhältnis der Sieg des Unterbietenden gewiß erscheint — handelt es sich um eine rücksichtslose Ausbeutung der Kapitalreserven, die vielleicht nicht zu allen Zeiten als sittenwidrig erschienen sein mag, die aber bestimmt den heutigen in der Rechtsgemeinschaft herrschenden Wertungstendenzen widerspricht. Wenn Callmann in JW. 1930 S. 1647 ausführt, daß der Kapitalverwertungszwang den Unternehmer zu grundsätzlich schrankenloser Betätigung seines Gewinnstrebens anreize und daß die Erweiterung des Machtrahmens immanentes Streben im homo oeconomicus der kapitalistischen Wirtschaftsverfassung sei[15]), so ist das als Tatsache richtig; jedoch kann die daraus gezogene Folgerung nicht gebilligt werden, daß dieses Machtstreben schlechtweg von der Gemeinschaft anerkannt werden müsse. In den schon mehrfach zitierten Bestimmungen der Reichsverfassung — Art. 151 I und Art. 164 — ist zweifellos als allgemeine Wertungstendenz zum Ausdruck und zur rechtlichen Anerkennung gebracht, daß der Individualismus nurmehr insoweit anzuerkennen ist, als durch seine Auswirkung irgendwie eine Förderung der Gemeinschaft gezeitigt werden kann[16]). Von

---

[14]) Es kann allerdings gelegentlich der Fall sein, daß ein solcher Vernichtungskampf zweier Konkurrenten, die an sich nebeneinander existieren könnten, als Vorläufer einer Preisherabsetzung geeignet ist, nämlich dann, wenn nach dem Ausscheiden des einen der Absatz des andern sich in einer vorher nicht denkbaren Weise erweitert, der Produktionsapparat aber gleich bleibt. Beispiel: Zwei Konkurrenten verkaufen ein Produkt um 8 M., wobei die optimalen Selbstkosten bei beiden 6 M. sind. Durch eine Preisherabsetzung auf 5 M. vernichtet der eine den andern und verkauft nunmehr zu dem Preise von 7 M., bei dem sich das Unternehmen nicht rentiert hätte, solange die Konkurrenz bestand. Hier stehen sich das allgemeine Interesse an der Verbilligung und das Interesse des Angegriffenen an seiner Weiterexistenz gegenüber. Es dürfte jedoch hier das Interesse des Angegriffenen überwiegen und nach unseren heutigen Anschauungen Schutz verdienen; immerhin wird die Möglichkeit der Verbilligung die Grenze des Erlaubten zugunsten des Unterbietenden etwas verschieben.

[15]) Vgl. oben S. 64.

[16]) Lehmann formuliert in Nipperdey, Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, den Gehalt des Art. 151 I RV. zusammenfassend wie folgt: „Dem Abs. 1 liegt die Vorstellung einer sozialen Ordnung zugrunde, die das Wohl der Gemeinschaft unter möglichster Achtung des Daseins, der Gleichheit und der Freiheit der einzelnen Rechtsgenossen zu sichern sucht mit der Maßgabe, daß keines in den Mindestbedürfnissen, die zur Führung eines menschenwürdigen

einem, der tüchtiger ist als der andere, muß sich jeder überwinden lassen; gegen einen, der nur brutaler ist, kann man den Schutz der Rechtsgemeinschaft verlangen. Der Gedanke, den Vernichtungskampf anzufangen, wird heute nicht mehr als eine Idee angesehen, die ihren Schöpfer als den „Tüchtigeren" erscheinen läßt.

Ähnliche Erwägungen greifen in den Fällen Platz, in denen auf einer oder auf beiden Seiten die Konkurrenz räumlich oder sachlich beschränkt ist. Liegt die Beschränkung nur beim Angegriffenen vor, dann gilt grundsätzlich dasselbe wie im ersten Fall; da jedoch hier meist nur eine Verdrängung, nicht die Vernichtung der Konkurrenz zum günstigen Erfolg nötig ist, so dürfte sich die Grenze des Erlaubten unter Umständen etwas zugunsten des Angreifers verschieben, da ja „Behinderungswettbewerb" nach heutigem Recht nur in übermäßiger Form unzulässig ist[17]).

Ist das Konkurrenzverhältnis nur auf Seiten des Angreifers beschränkt, so greifen ebenfalls die oben im ersten Fall angestellten Erwägungen durch, mit der Maßgabe, daß im Gegensatz zum zweiten Fall hier eine schärfere Beurteilung am Platze ist, und zwar insbesondere dann, wenn der Preiskampf durch Gewinne mit anderen Produktarten oder auf anderen Märkten ermöglicht ist und somit vom angreifenden Unternehmen unbeschränkt lange, also zweifellos mit Erfolg durchgehalten werden kann. Hier handelt es sich um einen Fall, den man als Ausnützung wirtschaftlicher Machtstellung bezeichnen kann, ein Gesichtspunkt, dessen Brauchbarkeit wegen seiner völligen Unbestimmtheit oben in § 10 zunächst dahingestellt blieb, für den aber jetzt objektive Kriterien gefunden wurden[18]).

In dem weiteren Fall, daß auf beiden Seiten das Konkurrenzverhältnis beschränkt ist, ist auch nicht jeder Preiskampf mit dem Ziel der Machtentfaltung zulässig. Es ist in solchem Fall zu prüfen, ob der Fall sich mehr der Interessenlage des letzten oder des vorletzten Falles nähert und es ist danach der Rahmen des Zulässigen entweder enger oder weiter zu spannen.

Für die beiden letztgenannten Fälle ist, insoweit das Konkurrenzverhältnis für den Angreifer nur hinsichtlich eines von mehreren Produktionszweigen gegeben war, noch das Verhältnis

---

Daseins erfüllt werden müssen, verkürzt werden darf". Danach ist es sicher richtig, wenn in den hier als sittenwidrig bezeichneten Fällen der Preisunterbietung das Schwergewicht nicht auf das Individual-, sondern auf das Sozialprinzip gelegt wird.

[17]) Vgl. Nipperdey, Wettbewerb und Existenzvernichtung, S. 19.

[18]) Vgl. darüber, daß für die Frage der Zulässigkeit einer Handlung sehr wohl auch das Kräfteverhältnis der Beteiligten zu berücksichtigen sein kann, oben S. 58 Anm. 7.

zu der oben unter I behandelten Interessenlage zu prüfen, bei der die grundsätzliche Freiheit des Unternehmers hinsichtlich der Verteilung der konstanten Kosten bei der Kalkulation anerkannt wurde. Woran ist im Einzelfall zu erkennen, ob der Verkauf unter optimalen Selbstkosten (aber über den variablen Kosten) aus Gründen der Kostenverteilung oder aus den hier unter II 2 behandelten Gründen erfolgt ist? Die Frage ist schwer zu beantworten. Im Interesse der Kalkulationsfreiheit des Unternehmers ist grundsätzlich zu fordern, daß nur dann ein Verstoß gegen die guten Sitten angenommen werden darf, wenn eindeutige, klare Momente gegen eine Vornahme der Preisunterbietung aus Gründen der Kostenverteilung sprechen. Als solche objektiven Momente kommen insbesondere in Betracht: die ebenfalls sehr niedrige Preisstellung bei den übrigen Produkten des Unterbietenden, wenn aus ihr zu folgern ist, daß durch die übrigen Produktarten unmöglich die konstanten Kosten des Unternehmens abgedeckt werden können; ferner der Umstand, daß zwischen den Produktionsmitteln für die verschiedenen Produktarten nur ein loser äußerer Zusammenhang besteht, aus dem sich ergibt, daß die gemeinsamen, zu verteilenden konstanten Kosten nur eine ganz unbedeutende Rolle im Verhältnis zu den besonderen konstanten Kosten des einzelnen Produktionszweiges spielen. Lassen aber nicht solche Momente einen sicheren Schluß auf das Vorliegen der zuletzt behandelten Interessenlagen zu, so darf in den Fällen des sachlich beschränkten Konkurrenzverhältnisses auf Seiten des Angreifers ein sittenwidriges Verhalten des Unterbietenden nicht angenommen werden[19]).

III. Bei den bisher behandelten Fällen wurde vorausgesetzt, daß die Konkurrenten vor Beginn der Unterbietung bereits einen gemeinsamen Markt besaßen, auf dem sie konkurrierten. Es kann als völlig unwahrscheinlich bezeichnet werden, daß bei dieser Lage ein Konkurrent bloß aus Gründen der Werbung für die Zukunft planmäßig seine Preise unter die optimalen Selbstkosten

---

[19]) Das heute im Mittelpunkt des Interesses stehende internationale Dumping erfüllt den Tatbestand des räumlich beschränkten Konkurrenzverhältnisses auf Seiten des Unterbietenden. Ihm wird jedoch wohl kaum mit privatrechtlichen Mitteln entgegengewirkt werden können. Ganz abgesehen von dem hier nicht näher zu erörternden Bedenken, ob überhaupt und in welchem Ausmaß das Prinzip der Gewerbefreiheit eine internationale Bedeutung hat, ist nach den Ausführungen dieses Paragraphen ein Vorgehen gegen das Dumping schon darum regelmäßig ausgeschlossen, weil es meist solchen Interessen entspringt, die als berechtigt bezeichnet wurden: Beseitigung der Überproduktion; Gründe der Kostenverteilung (vgl. Liefmann, Kartelle, Konzerne und Trusts, S. 146 ff.). Auch würde ein solches Vorgehen auf fast unüberwindliche praktische Schwierigkeiten stoßen.

herabsetzt, da diesem Werbemittel später unbedingt eine Preisheraufsetzung folgen muß, die die Kunden wieder abschreckt[20]).

Anders ist es, wenn die Unterbietung zusammenfällt mit dem Beginn des Konkurrenzverhältnisses überhaupt, sei es daß der Unterbietende sein Geschäft eröffnet oder einen neuen Artikel einführt oder einen neuen Markt erobern will. Hier kann sich die Unterbietung auch ohne Verdrängung und ohne Vernichtung der Konkurrenz für das Unternehmen des Unterbietenden vorteilhaft auswirken, indem dadurch das neue Geschäft oder der neue Artikel zunächst einmal dem Publikum nahegebracht wird. Eine solche Unterbietung durch einen Neuling ist weder schlechtweg zulässig noch schlechtweg unzulässig. Man wird sie allerdings dann immer als zulässig erachten müssen, wenn sie dazu dient, dem Unterbietenden den Beweis seiner persönlichen — geistigen oder künstlerischen — Leistungsfähigkeit zu ermöglichen, weil hier das Interesse der Allgemeinheit mit dem des Unterbietenden sich deckt und das des Unterbotenen überwiegt. Man denke etwa an den Fall, daß ein junger Bauunternehmer eine erste Gelegenheit bekommen will, sein Können zu zeigen[21]). Handelt es sich aber beim Betrieb des Unterbietenden um einen rein kommerziellen, so wird ein anfängliches Verlustgeschäft nicht schlechtweg, sondern nur in gewissem Umfang zulässig sein. Es ist allerdings Kohler[22]) zuzustimmen, wenn er sagt, es sei häufig gar nicht anders möglich, etwas Neues unter das Publikum zu bringen, als dadurch, daß eine Zeitlang unter Preis verkauft und dadurch die vis inertiae gebrochen werde. Aber so berechtigt erscheinen die Interessen des Neulings nicht wie die eines bereits seßhaften Unternehmens, das ja aus Gründen der Unternehmenserhaltung schlechtweg unterbieten darf. Wann der Reklameverkauf des Neulings die Grenze des Zulässigen überschreitet, muß hier der Richter im Einzelfall feststellen[23]).

---

[20]) Vgl. aber unten Anm. 21.

[21]) Dieser Gedanke kann auch bei Unterbietungen schon seßhafter Unternehmen unter Umständen die Beurteilung beeinflussen. Wenn ein Bauunternehmer um jeden Preis den Auftrag zu einem bekannten und bekanntmachenden Bau bekommen will im Gedanken, dabei besondere künstlerische Qualitäten an den Tag zu legen, so kann seine Unterbietung als zulässig erscheinen, auch wenn sie eine empfindliche Schwächung der Konkurrenz bewirkt.

[22]) Unlauterer Wettbewerb, S. 27.

[23]) Dabei ist zu beachten, daß häufig in solchen Fällen andere Momente für die Beurteilung von entscheidender Bedeutung sein werden, wie etwa ein Verstoß gegen die von Callmann (Kommentar zum UWG. Anm. 79 zu § 1) herausgearbeiteten Grundsätze der Wahrhaftigkeit und der Sachlichkeit. Diese Grundsätze will Callmann mit Recht auch dann anwenden, wenn eine Gegenleistung völlig fehlt wie in dem vom Reichsgericht in JW. 28, 2364 behandelten Fall des

An die gesonderte theoretische Betrachtung der denkbaren Wirkungen einer Preisunterbietung knüpft sich folgendes Bedenken an: eine und dieselbe Preisunterbietung kann zwei der bisher einzeln betrachteten Wirkungen gleichzeitig herbeiführen, von denen isoliert die eine — wenn vorsätzlich herbeigeführt — die Unterbietung sittenwidrig macht, die andere unter der gleichen Voraussetzung nicht; zum Beispiel eine rasche Räumung großer Vorräte dient der schnellen Beschaffung von Bargeldmitteln und gibt der Konkurrenz den Todesstoß, die an sich lebensfähig, aber in etwas labilen Verhältnissen ist. Soll in solchem Falle die Richtung des Vorsatzes über die Sittenwidrigkeit entscheiden? Wie aber, wenn die Vorstellung beider Wirkungen entscheidend für den Beginn der Preisunterbietung war? Eine Lösung kann wohl nur so gefunden werden, daß eine Preisunterbietung erst dann als sittenwidrig angesehen werden kann, wenn es objektiv unwahrscheinlich ist, daß die Unterbietung auch eine der Wirkungen zeitigt, die positiv zu bewerten sind. Eine andere Stellungnahme würde die Freiheit des Unternehmers hinsichtlich seiner internen Unternehmensführung zu sehr verkümmern.

Die Darstellung der möglichen Fälle sittenwidriger Preisunterbietungen wäre unvollkommen, würde nicht noch darauf hingewiesen, welche Bedeutung nach dem in Rechtsprechung und Literatur herrschenden Standpunkt dem Abwehrzweck bei der Beurteilung einer Handlung auf ihre Sittenwidrigkeit zukommt. Allerdings sind die Meinungen darüber, was man unter Abwehr zu verstehen hat und was ihre rechtlichen Wirkungen sein sollen, ziemlich geteilt. Callmann[24]) vertritt den Standpunkt, daß der Begriff der Abwehr gleichbedeutend sei mit dem der Notwehr, so daß er nur heranzuziehen wäre, wenn die in Frage stehende Handlung die Reaktion auf ein „rechtswidriges" Verhalten des Gegners ist.

Die Callmannsche Auffassung wird von der überwiegenden Zahl der Schriftsteller nicht geteilt[25]) und befindet sich auch in Widerspruch mit der reichsgerichtlichen Rechtsprechung, deren Grundgedanke klassisch in JW. 1927 S. 113 dargelegt ist; dort heißt es:

Bücherverschenkens des Gutenbergverlags; die Behandlung eines solchen Falls nach den oben unter II 2 entwickelten Gesichtspunkten wird wohl nicht in Frage kommen, da hier immer der Reklamegedanke und nicht der Vernichtungsgedanke im Vordergrund stehen wird.

[24]) Kommentar zum UWG., Anm. 21 ff. zu § 1; JW. 1930 S. 1650 IV.

[25]) Vgl. Rosenthal, Kommentar zum UWG., Note 30 zu § 1; Nipperdey, Wettbewerb und Existenzvernichtung, S. 5; Isay, GRUR. 1929 S. 1379.

„An sich können auch Abwehrmaßregeln gegen die guten Sitten verstoßen. Aber bei der Prüfung der Frage, ob die angewandten Mittel als zulässig zu betrachten sind, muß der Abwehrzweck wesentlich berücksichtigt werden. Mittel, die ohne ihn nicht mehr als zulässige Wettbewerbshandlungen anzusehen wären, können als Abwehrmaßregeln erlaubt sein . . . Allerdings darf das angewandte Mittel keinesfalls an sich unlauter sein. Insoweit sind auch für Abwehrhandlungen die gleichen Grenzen wie für den Wettbewerb überhaupt maßgebend. Grundsätzlich ist eine weitgehende Zulassung von Abwehrhandlungen geboten."

Wollte man die Callmannsche Auffassung teilen, so wäre an dieser Stelle über den Abwehrzweck kein weiteres Wort zu verlieren. Die Callmannsche Auffassung ist jedoch zwar nicht falsch — denn selbstverständlich gilt § 227 BGB. auch für das Wettbewerbsrecht —, aber zu eng. Wenn Interessenkonflikte im Wettbewerbskampf danach beurteilt werden sollen, ob das Verhalten eines Konkurrenten „gegen die guten Sitten verstößt", so bedeutet das, daß der Gesetzgeber auf abstrakte Interessenabgrenzungen verzichtet, um eine Anpassung der Beurteilung an sämtliche Umstände des Einzelfalls zu ermöglichen; als solcher „Umstand des Einzelfalls" muß es aber selbstverständlich berücksichtigt werden, wenn eine Handlung durch den Angegriffenen selbst provoziert worden ist, wenn der Handelnde aus einer vom andern verursachten Bedrängnis heraus sich so verhalten hat oder wenn er gegen einen Konkurrenten vorgeht, dessen Existenz ihm bis dahin noch nie eine wesentliche Hinderung in seiner Entfaltung gewesen war. Es ist klar, daß je nach dem Vorliegen solcher Umstände bald die Interessen des Angreifers, bald die Interessen des Angegriffenen mehr oder weniger schutzwürdig erscheinen. Man kann danach fast sagen, daß die Berücksichtigung des Abwehrcharakters einer Handlung auch bei Fehlen eines rechtswidrigen Angriffs notwendig mit der Einführung des Kriteriums der Sittenwidrigkeit in das Wettbewerbsrecht verbunden ist.

Die Preisunterbietung ist nun selbstverständlich kein an sich unsittliches Mittel des Wettbewerbskampfs im Sinne der oben zitierten reichsgerichtlichen Auffassung. Demnach kann eine Unterbietung, die ohne den Abwehrcharakter nicht mehr als zulässige Wettbewerbshandlung anzusehen wäre, als Abwehrmaßregel erlaubt sein. Dieser Satz wird jedoch nur eine verhältnismäßig geringe praktische Bedeutung haben, da ja schon bei der Betrachtung und Würdigung der Einzelfälle die Interessen des Unterbietenden in ganz umfassendem Maße berücksichtigt wurden, indem überall da der Sittenverstoß verneint wurde, wo innerbetriebliche Gründe oder Gründe der Unternehmenserhaltung im Spiele waren. Bei den verbleibenden Fällen sittenwidriger Preisunterbietung ist wohl Vorsicht bei der Annahme des Abwehr-

charakters geboten; zu beachten ist hier der Satz von Callmann[26]), daß jede Handlung eines Kaufmanns im weiteren Sinne eine Abwehrmaßnahme gegen die Geschäftstätigkeit der Konkurrenz ist. Demnach würde z. B. der Umstand, daß der Konkurrent seine Preise herabsetzt, aber nicht unter die Preise des andern, zur Rechtfertigung einer an sich sittenwidrigen Unterbietung nicht genügen. Dagegen könnte der Umstand die Beurteilung ändern, daß die Konkurrenz beginnt, den andern durch ein System von Exklusivverträgen geschäftlich lahmzulegen.

Schwierigkeiten bereitet nun der Fall, daß zwei Konkurrenten durch geringe, langsame Unterbietungen allmählich in das Stadium der Kampfpreise hineingleiten. Unausgesprochene Voraussetzung der ganzen bisherigen Betrachtungen war ja, daß die Unterbietung des einen ein einseitiger, klar hervortretender Schritt war. In dem letztgenannten Fall erscheinen die bisher herausgearbeiteten Grundsätze nicht ohne weiteres anwendbar, denn es kann bei einer gegenseitigen, schrittweisen Unterbietung schon beiderseits die Vernichtungsabsicht bestehen, bevor die Preise auf das Niveau der optimalen Selbstkosten gesunken sind. Soll nun darüber, wer zuerst gegen die guten Sitten verstößt, der hier gewissermaßen zufällige Umstand entscheiden, wessen Preise zuerst die Grenze der optimalen Selbstkosten erreichen? Diese Lösung wäre nicht immer angemessen, denn es kann ja diese Grenze zuerst von dem erreicht werden, der in den Preiskampf vom andern hineingezogen wurde. Würde der Zweck des Wettbewerbsrechts ausschließlich der Schutz Privater sein, so könnte man in solchen Fällen die Interessen keines von beiden für schutzwürdig erklären; allein[27]) das Wettbewerbsrecht will auch im öffentlichen Interesse den Auswüchsen des Konkurrenzkampfes entgegentreten; und durch solche ruinöse Preiskämpfe wird das öffentliche Interesse im Endeffekt zweifellos nicht gefördert. In den Fällen also, in denen bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit festgestellt werden kann, wen die überwiegende Verantwortung für das Hineingleiten in die Kampfpreise trifft, wird eine Sittenwidrigkeit auf seiten des in höherem Grad Verantwortlichen anzunehmen sein, obwohl die Unterbietung, mit der er die Grenze der optimalen Selbstkosten unterschritt, Abwehrcharakter trägt.

Es mag nun noch kurz die Frage gestreift werden, ob in den Fällen, da aus subjektiven Gründen eine Unterbietung unter Selbstkosten nicht zum Schadenersatz verpflichtet, eine Unter-

[26]) Kommentar zum UWG. Anm. 23 zu § 1.
[27]) Vgl. Rosenthal, Kommentar zum UWG. S. 2 unten.

lassungsklage zu geben ist. Zu denken ist dabei an Unterbietungen, die auf Fehlkalkulationen beruhen und die für den Unterbietenden wie für seine Konkurrenz gleich verhängnisvoll sind. Da bei Unterschreiten der optimalen Selbstkosten der Kalkulationsirrtum ein ganz erheblicher sein muß, so werden diese Fälle nur selten sein. Wenn aber solch ein Fall eintritt und die Wiederholungsgefahr durch Belehrung nicht ausgeschlossen werden kann, so ist gemäß der auf S. 35 dargelegten Fragestellung hinsichtlich der Voraussetzungen der Unterlassungsklage nicht einzusehen, warum eine solche nicht am Platze wäre: eine Unterbietung der genannten Art nützt niemand, auch der durch den späteren Konkurs des Unterbietenden auf jeden Fall geschädigten Allgemeinheit nicht, — die Duldung einer solchen Unterbietung kann daher nach den in der Rechtsgemeinschaft herrschenden Anschauungen dem Mitbewerber nicht zugemutet werden.

§ 16

Die praktische Durchführung

Die denkbaren Fälle der Preisunterbietung wurden im vorhergehenden Paragraphen unter bewußter Außerachtlassung der praktischen Schwierigkeiten rein theoretisch betrachtet und gewürdigt. Die Einwände, die gegen die gemachten Unterscheidungen erhoben werden können, sind neben denen, die aus einer anders wertenden Auffassung entspringen, insbesondere solche, die sich auf die praktische Brauchbarkeit der gemachten Unterscheidungen beziehen. Die hier bestehenden Schwierigkeiten gilt es jetzt zu untersuchen.

A. Beweisfragen

Auch im Falle einer Klage wegen sittenwidriger Preisunterbietung gilt der unser gesamtes Rechtsleben beherrschende Grundsatz, daß, wer ein Recht — hier den Schadensersatz- oder Unterlassungsanspruch — behauptet, die Beweislast für die anspruchbegründenden Tatsachen trägt. Es ist klar, daß bei einer ganz strengen Durchführung dieses Grundsatzes eine Klage der genannten Art fast aussichtslos ist; denn wie soll z. B. der Kläger beweisen, welches die optimalen Selbstkosten im Betrieb des Unterbietenden sind? Dies wird zwar in manchen Fällen dadurch ermöglicht sein, daß der Kläger dartun kann, daß der Verkaufspreis der Konkurrenz nicht einmal die proportionalen Kosten erreicht; wo dieser Nachweis aber nicht zu erbringen ist, müßte der Kläger eine lückenlose Kenntnis über sämtliche Umstände des Konkurrenzbetriebs haben, und das wird niemals der Fall sein.

Andererseits darf bei einer Erleichterung der Beweiserfordernisse nicht übersehen werden, daß eine zu große Erleichterung die Interessen des Beklagten aufs schwerste gefährden kann; würde es doch zu einer untragbaren Hemmung des Unternehmers führen, sollte er bei jeder Maßnahme der Preispolitik daran denken müssen, sich die Beweise für die Berechtigung seines Tuns zu sichern; außerdem muß der Unternehmer davor geschützt werden, aus Anlaß von leichtsinnigen Klagen zur Offenbarung von Tatsachen gezwungen zu werden, an deren Geheimhaltung jedes Unternehmen ein sehr starkes und berechtigtes Interesse hat.

Grundsätzlich muß daher der Kläger die Beweislast für die Klagvoraussetzungen tragen. Der Erleichterung der Beweisführung dienen aber zwei Institute, durch die den Erfahrungen des täglichen Lebens eine weitgehende Bedeutung zugewiesen wird: die Vermutung und der prima-facie-Beweis.

1. Die Vermutung. Wenn die Erfahrung des täglichen Lebens lehrt, daß bei Vorliegen einer (bewiesenen) Tatsache ganz regelmäßig auch eine andere vorliegt, so darf dies vom Richter in der Art verwertet werden, daß er durch den Beweis der ersten Tatsache bis zum Beweis des Gegenteils auch die andere Tatsache als bewiesen ansieht; man sagt dann, daß auf Grund der ersten Tatsache (Indiz) eine Vermutung für die zweite Tatsache bestehe. Vermutungen finden sich im Recht überall da, wo es einer Partei nicht zugemutet werden kann, den direkten Beweis für die zweite Tatsache zu führen.

2. Ein weiteres Hilfsmittel in Fragen des Beweises ist der von der Rechtsprechung namentlich des Reichsgerichts herausgearbeitete prima-facie-Beweis. Er wurde vom Reichsgericht insbesondere für den Beweis des Kausalzusammenhangs, des Verschuldens und des Schadenseintritts ausgebildet und bedeutet, daß das Beweisthema als bewiesen gilt, wenn auf Grund allgemeiner Lebenserfahrung ein hoher, wenn auch nicht jeden Zweifel ausschließender Grad von Wahrscheinlichkeit dafür spricht. Ist eine Tatsache prima facie bewiesen, so ist die Lage ähnlich wie wenn eine Vermutung für diese Tatsache spricht; aber nicht dieselbe: Im Fall der Vermutung gilt die Tatsache bis zum schlüssigen Gegenbeweis als bewiesen; beim prima-facie-Beweis kann die Tatsache schon dadurch zu einer unbewiesenen gemacht werden, daß die Wahrscheinlichkeit zerstört wird, ohne daß dadurch positiv das Gegenteil bewiesen zu sein braucht[1]).

[1]) Vgl. RG. in JW. 1928 S. 1747 sowie die Anmerkung von Heinsheimer daselbst; ferner Callmann, Komm. zum UWG. S. 78 und neuestens Locher in der Festschrift für Heck, Rümelin und Schmidt S. 245 ff., insbesondere S. 258; abweichend Rosenthal, Komm. zum UWG. S. 92 unten.

Bei der Darstellung der Beweismöglichkeiten für die verschiedenen Fälle sittenwidriger Preisunterbietung mögen die verschiedenen Tatbestandsmerkmale gesondert betrachtet werden.

I. Die objektiven Tatbestandsmerkmale

1. Bezüglich der Tatsache der Unterbietung als solcher gilt nichts Besonderes; es genügt der Nachweis, daß die absolute Höhe der Verkaufspreise divergiert; inwieweit die Divergenz auf Qualitätsunterschieden beruht, braucht hier noch nicht dargetan zu werden; der Beweis kann auch dadurch geführt werden, daß Rabatte, Zugaben und anderes nachgewiesen werden.

2. Der Kläger hat sodann darzutun, daß die Preise des Unterbietenden unter seinen optimalen Herstellungskosten liegen. Dies kann dadurch geschehen, daß die Unterschreitung der proportionalen Selbstkosten nachgewiesen wird; für diesen nicht allzu schwierigen Nachweis gilt nichts Besonderes. Die Schwierigkeiten beginnen, wenn die Preise die proportionalen Selbstkosten überschreiten. Eine Vorlegung der Kalkulationen des Beklagten kann wegen der §§ 421 ff. ZPO. nicht verlangt werden, hätte aber auch keinen Sinn, da ja nicht die tatsächlichen, sondern die optimalen Selbstkosten maßgebend sind. Hier bleibt nur die Möglichkeit des prima-facie-Beweises. Dieser kann dadurch geführt werden, daß durch ein Gutachten einer sachverständigen, unparteiischen Instanz (Berufsorganisation, Handelskammer) bekundet wird, es könne aller Wahrscheinlichkeit nach bei den vom Beklagten gesetzten Preisen kein Unternehmen der betreffenden Art auf die Dauer existieren. Auch kann der Kläger an Hand seiner eigenen Kalkulationen seine optimalen Selbstkosten darlegen und es wahrscheinlich machen, daß kein Konkurrenzunternehmen wesentlich billiger als er selbst produzieren kann. Zur Entkräftung (nicht voller Widerlegung) des prima-facie-Beweises können besondere Umstände im Betrieb des Beklagten dargetan werden, etwa besonders billige Beschaffung des Rohmaterials infolge Ankaufs aus einer Konkursmasse, besonders rationelles Produktionsverfahren und anderes; auch wird, da ja solche Umstände der Kläger nicht kennen kann, der Beklagte die Beweislast dafür tragen, daß eine produktionsverbilligende Erweiterung seines Produktionsapparates bevorsteht.

In dem Fall, daß der Beklagte mehrere Produkte erzeugt und daß nur hinsichtlich eines von ihnen das Konkurrenzverhältnis besteht, hat der Kläger auch die oben dargelegten Indizien dafür darzutun, daß die Preisstellung des Unterbietenden nicht aus Gründen interner Preispolitik (Verteilung der konstanten Kosten) erfolgt ist. Jedoch muß zum Schutz des schon oben erwähnten Interesses des Unternehmers an der Freiheit der Kalkulation angenommen werden, daß jene Indizien nicht eine

Vermutung begründen, sondern nur als prima-facie-Beweis zu bewerten sind, so daß es als Gegenbeweis genügt, wenn der Unternehmer sein internes Interesse an dieser Preisstellung glaubhaft macht. Es wird allerdings nicht verkannt, daß dadurch in Fällen mehrerer Produktarten auf seiten des Unterbietenden der Rechtsschutz für den Unterbotenen wesentlich erschwert wird; jedoch erscheint diese Erschwerung unvermeidlich.

3. Es kann dem Kläger nicht zugemutet werden, durch Vorlegung seiner Kalkulationen den Nachweis zu erbringen, daß der Preis des Unterbietenden auch unter den tatsächlichen Selbstkosten des Angegriffenen liegt. Wenn man berücksichtigt, daß es im höchsten Grade unwahrscheinlich ist, daß die Kampfpreise des Angreifers über den tatsächlichen Selbstkosten des Unterbotenen liegen (vgl. oben S. 81), so darf man darum wohl bei Beweis des unter 2 genannten Tatbestandsmerkmals eine Vermutung — und zwar eine volle Vermutung — für das hier in Frage stehende Tatbestandsmerkmal annehmen.

4. Der Kläger muß sodann beweisen, daß die Unterbietung nicht in eine Zeit der Depression in der fraglichen Branche gefallen ist, denn in Depressionszeiten ist ja aus innerbetrieblichen Gründen sowie aus Gründen der Unternehmenserhaltung jede Unterbietung zulässig. Steht jedoch die Depression in Zusammenhang mit Überproduktion, so genügt der Beweis dessen in Verbindung mit dem Nachweis, daß die Überproduktion bewußt vom Unterbietenden im Hinblick auf den späteren Vernichtungskampf herbeigeführt worden ist. Sodann wird man vom Kläger noch den Nachweis verlangen müssen, daß es sich bei der Unterbietung nicht um die Abstoßung eines beschränkten Warenbestandes handelt — ein Umstand, der prima facie durch den Hinweis auf die zeitliche Dauer der Unterbietung oder ihre sonstigen näheren Umstände bewiesen werden kann.

5. Durch den Nachweis der bisher genannten Tatbestandsmerkmale hat der Kläger die objektiven Umstände dargetan, die regelmäßig den Tatbestand sittenwidriger Preisunterbietung begründen. Wenn die Sittenwidrigkeit ausnahmsweise im fraglichen Fall durch besondere Umstände ausgeschlossen sein soll, so hat die letzteren der Beklagte darzutun; insbesondere hat er den Abwehrcharakter seiner Handlungsweise oder seine notstandsähnliche Lage zu beweisen. Zur Begründung der letzteren kann dem Beklagten nicht zugemutet werden, seine ganze finanzielle Lage zu offenbaren; vielmehr wird der Beweis der notstandsähnlichen Lage dann als gelungen angesehen werden können, wenn der Beklagte einen Rückgang seines Umsatzes oder ein Steigen der Kosten bei gleichbleibendem Durchschnittsmarktpreis dartut.

II. Die subjektiven Tatbestandsmerkmale

Es ist selbstverständlich, daß auf Grund des objektiven Tatbestands eine Vermutung dafür besteht, daß der Beklagte die die Sittenwidrigkeit begründenden Tatumstände kennt, insoweit es sich um Tatsachen seines eigenen Betriebs handelt. Dem Beklagten die Beweislast dafür aufzubürden, daß seine Preispolitik in Fehlkalkulationen begründet ist, unterliegt keinem Bedenken; denn es ist nur im Interesse der Wirtschaft gelegen, wenn die Unternehmer wenigstens insoweit zu einer ordnungsmäßigen Kalkulation erzogen werden, daß sie ihre optimalen Selbstkosten kennen; ist es doch eine häufige Erscheinung, daß kleine Betriebe während der meist kurzen Dauer ihrer Existenz infolge mangelhafter Kalkulation den Markt verderben und so die soliden Unternehmen zwecklos schädigen.

Zum Beweis des jedenfalls bei der Schadenersatzklage vorauszusetzenden Vorsatzes, gerade durch die Vernichtung bzw. Verdrängung der Konkurrenz dem eigenen Unternehmen zu nützen, kann natürlich dem Beklagten nicht einfach der Eid zugeschoben werden, vielmehr gelten hier die speziell für den Beweis des Verschuldens entwickelten Grundsätze des prima-facie-Beweises, wobei in vielen Fällen schon der Beweis des objektiven Tatbestands in Verbindung mit dem Nachweis der Kenntnis der Tatumstände als prima-facie-Beweis genügen wird. Der Beklagte trägt dann die Beweislast dafür, daß er etwa einen unrentablen Zweig seines Unternehmens nur aus Gründen der Pietät weiterführt.

Aus den angedeuteten Schwierigkeiten erhellt, daß gerade Fälle der Preisunterbietung an das Takt- und Feingefühl des Richters besonders hohe Anforderungen stellen; da immerhin aber der Beweis einer sittenwidrigen Preisunterbietung nicht absolut ausgeschlossen erscheint, so wäre es falsch, wegen der großen Beweisschwierigkeiten generell jede Preisunterbietung für zulässig zu erachten.

B. Der Klagantrag und die Urteilsformel bei der Unterlassungsklage

Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich, daß im Fall einer Unterlassungsklage keinesfalls ein Verbot der Unterbietung schlechthin verlangt und ausgesprochen werden darf, wie dies in dem schon öfter erwähnten, vom OLG. Düsseldorf entschiedenen Fall (vgl. oben S. 4 Anm. 4) geschehen ist. Die Folge eines solchen allgemeinen Verbots wäre die Schaffung eines Zwangskartells, in dem derjenige, gegen den sich das Verbot

richtet, seinem Gegner nahezu völlig ausgeliefert wäre[2]). Wenn das Verbot der Unterbietung überhaupt in eine Beziehung zu den Preisen des Klägers gestellt werden kann, so nur zu den Preisen, die seinen Selbstkosten entsprechen; denn nur diese sind für die Zulässigkeit der Unterbietung von Erheblichkeit.

Die Wertgrenze, auf die Klagantrag und Urteilsformel abzustellen haben, sind die optimalen Selbstkosten des Unterbietenden. Dabei ist zunächst zu erwägen, ob die absolute Ziffer, die das Gericht in dem für das Urteil maßgebenden Zeitpunkt als Selbstkosten des einzelnen Produkts erachtet, in die Urteilsformel aufgenommen werden soll oder ob das Verbot nur auf „Unterlassung des Verkaufs unter optimalen Selbstkosten" lauten soll. Zu bevorzugen ist die letztere Fassung, da ja die Selbstkosten ein Moment sind, das infolge Schwankungen der Materialkosten oder der Arbeitslöhne sich von Tag zu Tag in seiner absoluten Höhe verändern kann. Ob der Verurteilte nach dem Urteil tatsächlich seine optimalen Selbstkosten unterschritten hat, hat der Richter im Vollstreckungsverfahren festzustellen, wobei ihm die Begründung des Urteils maßgebende Anhaltspunkte bieten wird und wobei er notfalls Sachverständige zuziehen kann[3]).

Es wird wohl nicht zu umgehen sein, in Antrag und Formel eine Klausel aufzunehmen, die darauf hinweist, daß das Verbot für solche Verkäufe nicht gilt, die der raschen Abstoßung eines beschränkten Warenbestandes dienen; denn ein Verkauf unter Selbstkosten in diesem Umfang ist ja auch im Moment der Urteilsfällung zulässig, muß also vom Verbot ausgenommen werden.

Dagegen kann eine Klausel des Inhalts nicht aufgenommen werden, daß das Verbot für Verkäufe nicht gelte, die im Sinne des vorhergehenden Paragraphen dem Interesse der Unternehmenserhaltung dienen und daher zulässig sind. Das Verbot darf ja nur ergehen, wenn im Moment der Urteilsfällung solche rechtfertigenden Voraussetzungen nicht vorlagen. Tritt ein rechtfertigender Umstand — etwa eine Depression — nach dem Urteil ein, so fällt eine nunmehr erfolgende Unterbietung nicht unter das Verbot des früheren Urteils[4]), eine Strafe darf also nicht verhängt werden. Eine Veränderung der Rechtskraft des früheren Urteils, die nur im Rahmen des § 323 ZPO. möglich wäre, wird damit nicht behauptet, da es sich bei Eintritt einer Depression

---

[2]) Vgl. die treffenden Ausführungen von Isay in GRUR. 1929, S. 1370 bei Besprechung des genannten OLG.-Urteils.

[3]) Vgl. Stein-Jonas, Kommentar zur ZPO. § 890 II 1, Vorbemerkung vor § 704 II 3.

[4]) Vgl. Stein-Jonas, a.a.O. § 322 VIII 4.

um einen neuen, vom früheren Urteil nicht ergriffenen Tatbestand handelt. Ob Identität des Tatbestands vorliegt oder nicht, kann nur im Einzelfall vom Vollstreckungsrichter oder vom Richter in einem neuen Prozeß festgestellt werden.

Fünftes Kapitel

§ 17

Preisunterbietung als Mittel des äußeren Organisationszwangs

Zusammenschlüsse von Gewerbetreibenden derselben oder aufeinanderfolgender Produktionsstufen zum Zwecke der völligen oder teilweisen Ausschaltung der Konkurrenz und damit der möglichst weitgehenden Marktbeherrschung sind seit dem Ende des 19. Jahrhunderts eine immer häufigere Erscheinung geworden. Erfahrungsgemäß ist nun der Zweck solcher Zusammenschlüsse solange unerreichbar, als leistungsfähige Konkurrenten außerhalb der Organisation stehen; es ist darum auch die Ausübung eines gewissen Beitrittszwangs auf die Außenseiter zu einem alltäglichen Geschehnis geworden; unter Umständen kann ein wirksamer Organisationszwang sogar zu einer Existenzfrage des betreffenden Verbandes werden. Ein häufig verwandtes Mittel des Organisationszwangs ist die Preisunterbietung[1]).

Daß an der grundsätzlichen Zulässigkeit von marktbeherrschenden Organisationen heute — insbesondere seit dem Erlaß der Kartellverordnung — nicht mehr zu zweifeln ist, wurde im ersten Abschnitt ausführlich dargetan; ja, selbst die Erstrebung einer Monopolstellung ist nur unter besonderen Voraussetzungen unzulässig (vgl. RG. 118, 91). Die Gründe dieser Entwicklung wurden darin erblickt, daß häufig marktbeherrschende Verbände dringenden Interessen der gesamten Volkswirtschaft entsprechen. Wenn nun marktbeherrschende, ja selbst monopolistische Zusammenschlüsse grundsätzlich nicht unzulässig sind, so ist zu vermuten, daß solche Maßnahmen ebenfalls nicht schlechtweg der Rechtsordnung widersprechen, die für die in Frage stehende Organisation eine Existenzfrage darstellen. Kestner-Lehnich[2]) begründet die jedenfalls partielle Zulässigkeit des Organisationszwangs einleuchtend mit dem Satz, daß, wenn man die Organisationen für notwendige, segensreiche

---

[1]) Vgl. hierüber Liefmann, Kartelle, Konzerne und Trusts, S. 88; Kestner-Lehnich, Organisationszwang, S. 72; Isay-Tschierschky, Kommentar zur Kartellverordnung, S. 57.

[2]) Organisationszwang, S. 338.

Erscheinungen unseres Gesellschaftslebens halte, daß man dann auch in dem Organisationszwang — ohne den die Organisation nicht bestehen kann — nicht das Erstreben eines rechtswidrigen Zwecks erblicken könne. Daß Organisationszwang nicht schlechthin rechtswidrig ist, ergibt sich auch aus § 9 KartellVO.[3]); auch das Reichsgericht hat ihn nie für schlechtweg unzulässig erklärt[4]).

Wenn man nun nach den Grenzen der Zulässigkeit des Organisationszwangs fragt, so wird man grundsätzlich scheiden müssen zwischen den Organisationen, die tatsächlich für das Wirtschaftsleben segensreich oder mindestens nicht schädlich sind, und solchen, die ihre Machtstellung zum Nachteil der Allgemeinheit mißbrauchen.

I. Wenn die den Druck ausübende Organisation als solche keinen Anlaß zu Beanstandungen gibt, so werden zweifellos an sich zulässige Handlungen nicht dadurch unzulässig, daß sie zu Zwecken des Organisationszwangs vorgenommen werden. Daraus folgt, daß eine Unterbietung, bei der der Preis sich über den optimalen Selbstkosten hält, keinesfalls ein unzulässiges Druckmittel darstellt. Schwierigkeiten bereitet dagegen die Frage, ob eine Unterbietung auch bei Unterschreitung der Selbstkostengrenze noch zulässig bleibt. Die Frage ist nicht schlechthin zu verneinen. Wenn im vorhergehenden Kapitel gewisse Unterbietungen für sittenwidrig erklärt wurden, so geschah es vornehmlich aus dem Grund, daß die Schädigung der Konkurrenz keinen Vorteil für die Allgemeinheit bedeutete. Dies ist in Fällen des Organisationszwangs weitgehend anders: ein äußerst scharfer Organisationszwang ist oft etwas sehr Gesundes und durchaus im Interesse der Allgemeinheit Gelegenes, dann nämlich, wenn etwa ein Kartell einem vernichtenden Konkurrenzkampf ein Ende gesetzt, Produktion und Absatz vereinfacht hat (was infolge Stillegung der unrentabelsten Werke oder aus sonstigen Gründen besondere Kosten verursacht) und wenn dann ein Außenseiter durch Fernhaltung vom Kartell Sondergewinne erstrebt und das Kartell nebst seinen heilsamen Wirkungen gefährdet[5]). Danach ist eine Unterbietung auch bei starker Unterschreitung der Selbstkostengrenze zweifellos nicht immer sittenwidrig. Ob sie es manchmal sein kann, wird davon abhängen, ob sich ein einigermaßen faßbares Kriterium für die Abgrenzung der zulässigen und der unzulässigen Fälle findet.

---

[3]) Vgl. Lehnich-Fischer, Kommentar zum Kartellgesetz, S. 125.

[4]) Vgl. RGE. 104, 330; 118, 89; JW. 1913 S. 153; Kartellrundschau 1925 S. 152; 1928 S. 155.

[5]) Dies verkennt Tschierschky, der in Kartellrundschau 1930 S. 255 ff. die kartellmäßige Unterbietung unter Selbstkosten schlechthin als unlautere Wettbewerbshandlung erklärt.

Der Standpunkt des Reichsgerichts ist nicht klar: in dem einzigen Fall, in dem das Reichsgericht sich mit der Unterbietung als Mittel des Organisationszwangs befaßte[6]), hält das Reichsgericht seinen früheren, hauptsächlich an Tatbeständen der Sperre entwickelten Grundsatz fest, daß die Vernichtungsfolge eine Maßnahme des Wirtschaftskampfes unsittlich mache, verneint aber die Vernichtung und damit die Sittenwidrigkeit schlechthin, da dem Angegriffenen die Möglichkeit des Beitritts offenstand. Allein das Reichsgericht hat nicht immer den Organisationszwang einwandfreier Verbände mit dieser Begründung für völlig zulässig gehalten. In einer früheren Entscheidung[7]) bejaht das Reichsgericht grundsätzlich die Zulässigkeit des Organisationszwangs, da ein erlaubter Zweck verfolgt werde; doch wirft das Reichsgericht der Vorinstanz vor, daß sie nicht untersucht habe, ob nicht das Mittel des Drucks unerlaubt sei; unerlaubt seien die Mittel, die entweder an sich oder ohne Rücksicht auf ihren Erfolg sittenwidrig sind oder die in ihrem Erfolge dahin zielen, die wirtschaftliche Vernichtung des Gegners herbeizuführen, oder die derart schwere Schädigungen desselben bewirken, daß die dadurch herbeigeführten Nachteile in keinem Verhältnis zu den erstrebten Vorteilen stehen. Hier ist also der Organisationszwang eines an sich einwandfreien Verbandes nur bedingt für zulässig erklärt worden.

In der Tat befriedigt das letztgenannte Urteil mehr als das erstere, und die darin aufgeführten Gesichtspunkte dürften für die Unterbietung unter Selbstkosten heranzuziehen sein. Allerdings ist wohl der Gesichtspunkt, ob die Maßnahme bei Nichtbeitritt zur völligen oder teilweisen Vernichtung des Außenseiters führt, nicht ausschlaggebend, da selbst eine solch harte Maßnahme gelegentlich im Kampf gegen einen Vorteil haschenden Außenseiter berechtigt sein mag; wohl aber ist es richtig, wenn das Reichsgericht die Druckmaßnahme dann für sittenwidrig erklärt, wenn sie außer Verhältnis zu dem mit dem Anschluß des Unterbotenen an die Organisation erstrebten Vorteil steht. Ein exaktes Kriterium der Sittenwidrigkeit ist damit zwar nicht gefunden[8]); jedoch ist eine befriedigende Lösung im Einzelfall anders nicht möglich als durch die Abstellung auf die Verhältnismäßigkeit von drohendem Nachteil und erstrebtem Vorteil; denn so allein kann z. B. einem besonders rationell arbeitenden Unternehmer geholfen werden, den unter Aus-

---

[6]) Kartellrundschau 1928 S. 155.

[7]) JW. 1913 S. 134.

[8]) Es findet sich auch sonst im Rechtsleben, daß für die Frage der Rechtswidrigkeit einer Handlung auf die Verhältnismäßigkeit von erstrebtem Vorteil und zugefügtem Nachteil abgestellt wird: vgl. §§ 227, 228, 904 BGB.

nützung großer Kapitalreserven ein für das Allgemeininteresse ziemlich wertloser Verband leistungsschwächerer Konkurrenten rücksichtslos zum Anschluß zwingen will[9]).

II. In dem andern Fall, daß eine Organisation auf Ausbeutung der Allgemeinheit durch volkswirtschaftlich unbegründetes Hochhalten der Preise ausgeht, ist der Außenseiter ein absolut notwendiges Korrektiv gegen die Absichten des Verbandes. Es ist dies einer der Fälle, für die das Prinzip der Gewerbefreiheit in seiner heute zwar nur noch beschränkten Gültigkeit heranzuziehen ist; denn bei solchen Verbänden hat man es mit einer Erscheinung zu tun, die denjenigen Erscheinungen der Vorzeit (Zunftzwang) bzw. ihren Auswüchsen analog ist, die durch die Einführung der Gewerbefreiheit schlechthin — nicht nur in ihrer öffentlich-rechtlichen Form — unmöglich gemacht werden sollten. Das Bedürfnis, den Organisationszwang solcher Verbände für unzulässig zu erklären, ist unabweisbar[10]). Dabei ist jedoch zu fordern, daß der von einem solchen Verband verfolgte verwerfliche Zweck bereits irgendwie sich geäußert hat und objektiv in die Erscheinung getreten ist[11]).

Damit ergibt sich als weiterer Fall unzulässigen Organisationszwangs durch Preisunterbietung der Fall, daß ein Verband durch seine marktbeherrschende Stellung Gewinne erstrebt, die außer Verhältnis zu den von der Organisation für den Verbraucher geschaffenen Vorteilen stehen. Dabei darf mit den Preisen der Organisation nicht ohne weiteres der Preis verglichen werden, der sich voraussichtlich bei Preisbildung im Wege der freien Konkurrenz ergeben würde; es müssen unter Umständen auch die besondere Kosten verursachenden Vorteile berücksichtigt werden, die dem Verbraucher nur die Organisation als ganze

---

[9]) Bei der Frage der Verhältnismäßigkeit wird insbesondere zu berücksichtigen sein, eine wieweit gehende Bindung des Außenseiters durch den Zusammenschluß erfolgen soll; eine lose Kartellierung darf mit härteren Maßnahmen erzwungen werden, als ein Zusammenschluß, bei dem der einzelne seine Selbständigkeit in weitem Umfang aufgibt. Handelt es sich um völlige Aufgabe der Selbständigkeit des einzelnen (Fusionszwang), so wird die Grenze des Zulässigen noch erheblich enger zu ziehen sein.

[10]) Anklänge daran, daß die schädlichen Wirkungen der Organisation auf die Beurteilung ihrer Maßnahmen zurückwirken, finden sich auch in dem mehrfach zitierten Urteil des OLG. Düsseldorf (vgl. S. 4 Anm. 4), und zwar im 4. Absatz der Entscheidungsgründe, wo auf RGE. 99, 109 und 120, 53 Bezug genommen ist.

[11]) Diese Einschränkung ist nötig gegenüber der zu weiten Fassung der RGE. 118, 91, die im übrigen die hier vertretene Auffassung stützt.

verschaffen kann, etwa einheitliche Bedarfsdeckung über ein weites Gebiet (wichtig z. B. bei Benzin)[12]).

Im einzelnen sind in diesem Falle unzulässiger Preisunterbietung noch folgende Punkte zu beachten:

Die Kampfpreise müssen den Unterbotenen absolut schädigen, nicht nur seinen Gewinn schmälern; dies wird auch tatsächlich immer der Fall sein, da anders das Druckmittel der Organisation ungeeignet sein dürfte. Bei bloßer Schmälerung des Gewinns stellt die Unterbietung nur einen so leichten Zwang dar, daß darin ein unsittliches Vorgehen selbst bei Sittenwidrigkeit des Zwecks der Organisation nicht erblickt werden kann.

Tatsächlich werden in den meisten Fällen, in denen die sonstigen Voraussetzungen des Sittenverstoßes gegeben sind, die Kampfpreise die optimalen Selbstkosten der den Zwang ausübenden Organisation unterschreiten. Fraglich ist jedoch, ob die Unterschreitung der Selbstkostengrenze in jedem Fall zur Begründung der Sittenwidrigkeit notwendig ist, ob also der Unterbietende die Berechtigung seines Tuns durch den Nachweis dartun kann, daß die Kampfpreise über den optimalen Selbstkosten liegen. Die Frage ist wohl zu verneinen, und zwar deshalb, weil die Sittenwidrigkeit der Handlung hier nicht aus gewissen, der Handlung als solcher anhaftenden Eigenschaften folgt, sondern ausschließlich aus dem der Rechtsgemeinschaft feindlichen Charakter des Verbandes, dem nicht erlaubt werden kann, jemand, der der Rechtsgemeinschaft nützlich ist, zu einem ihr schädlichen Verhalten zu zwingen, auch wenn die verwandten Mittel an sich nicht zu beanstanden wären. Der hiergegen denkbare Einwand, daß bei dieser Stellungnahme der Unterbietende durch den Übergang vom Anschluß- zum Vernichtungszweck seine Handlungsweise zu einer berechtigten machen könne, ist nicht stichhaltig, da ja auch eine nicht dem Organisationszwang dienende Unterbietung über Selbstkosten dann sittenwidrig erscheint, wenn die Organisation auf Ausbeutung der Allgemeinheit ausgeht (vgl. oben S. 71). Demnach ist hier die Selbstkostengrenze bedeutungslos.

Über Fragen des Beweises ist hier noch folgendes zu sagen: Die Grenzziehung zu den im vorigen Kapitel behandelten Tatbeständen kann insbesondere dann Schwierigkeiten bereiten, wenn der Druck nicht von einem bestehenden Verband ausgeht, sondern von einem oder mehreren Einzelunternehmen zwecks Neugründung eines Verbandes ausgeübt wird — ein Fall, der wohl nach den gleichen Gesichtspunkten wie der eigentliche Organisationszwang zu beurteilen ist. Es ist hier zu verlangen,

[12]) Diese Eventualität übersieht Kaiser in M. u. W. 1930, S. 393, wenn er allgemein von den „zu kostspieligen" Organisationen spricht.

daß die Absicht der Organisationsbildung nicht nur beim Unterbietenden bestand, sondern daß diese Absicht irgendwie, dem Gegner gegenüber bereits erkennbar, objektiv in die Erscheinung getreten ist (etwa im Wege einer entsprechenden Korrespondenz). Sind keine solchen objektiven Anhaltspunkte für die Absicht der Verbandsbildung vorhanden, so ist der Tatbestand nach den Gesichtspunkten des vorigen Kapitels zu behandeln.

Welche Schwierigkeiten für den Richter bei der Beurteilung von Fällen des Organisationszwangs vor allem erwachsen, liegt auf der Hand: es ist die Beurteilung des Werts der Organisation für die Allgemeinheit, die hier ja eine entscheidende Rolle spielt. Die Schwierigkeit der Stellungnahme ist hier so groß, daß zu überlegen ist, ob nicht diese Fragen besonderen Instanzen — ähnlich dem Kartellgericht — zur Behandlung übergeben werden sollten.

Literaturverzeichnis

Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 10. Aufl., 1929.

Baumbach, Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 1929.

Derselbe, Die Grenzen erlaubten Wettbewerbs, namentlich die Preisunterbietung, in: Markenschutz und Wettbewerb (= M. u. W.), 1930, S. 2 ff.

Beling, Vom Positivismus zum Naturrecht und zurück, in der Festschrift für Heck, Rümelin und Schmidt, hrsg. von Stoll, 1931, S. 1 ff.

Blum, Grenzen der Preisunterbietung, in: Markenschutz und Wettbewerb, 1930, S. 312 ff.

Callmann, Der unlautere Wettbewerb, Kommentar zum UWG. und WZG., 1929.

Derselbe, Kampfpreise, in: Markenschutz und Wettbewerb, 1929, S. 370.

Derselbe, Außenseiter und Kampfpreise, in: Juristische Wochenschrift (= JW.), 1930, S. 1647 ff.

Dick, Der „Verstoß gegen die guten Sitten" in der gerichtlichen Praxis, Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 33, S. 74 ff.

Eckstein, Studien zur Lehre von den unsittlichen Handlungen, Rechtshandlungen und Rechtsgeschäften, insbesondere Verträgen, Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 41, S. 178 ff.

Eger, Das Reichsgericht und die Kartelle, in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Bd. 4, hrsg. von Schreiber, Berlin und Leipzig 1929.

Elster, Was ist Preisschleuderei? in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (= GRUR.), 1931, S. 213 ff.

Finger, Kommentar zum Reichsgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 3. Aufl., Berlin 1910.

Hagen, Die guten Sitten als Rechtsbegriff, in: Gruchots Beiträge, Bd. 52, S. 497 ff.

Isay, Das Recht am Unternehmen, Berlin 1910.

Derselbe, Der Vernichtungszweck im Wettbewerb, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 1929, S. 1368 ff.

Isay-Tschierschky, Die Kartellverordnung, 1925.

Kaiser, Sittenwidriges Unterbieten, in: Markenschutz und Wettbewerb, 1930, S. 390 ff.

Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925.

Kestner-Lehnich, Organisationszwang, 2. Aufl., Berlin 1927.

Kirchberger, Grenzfälle des unlauteren Wettbewerbs, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 1927, S. 82 ff.

Kohler, Der unlautere Wettbewerb, 1914.

Köttgen, Artikel: „Gewerbegesetzgebung" im Handwörterbuch der Staatswissenschaften (= HandWB. d. StW.), Jena 1923.

Laband, Deutsches Reichsstaatsrecht, 5. Aufl., Tübingen.

Landmann, Kommentar zur Gewerbeordnung, 7. Aufl., München 1925.

Lehnich, Kartelle und Staat, 1928.

Lehnich-Fischer, Kommentar zum Kartellgesetz, 1926.

Liefmann, Kartelle, Konzerne und Trusts, 7. Aufl., 1927.

Lobe, Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, Leipzig 1907.

Locher, Der prima-facie-Beweis in Arztprozessen, in: Festschrift für Heck, Rümelin und Schmidt, hrsg. von Stoll, 1931, S. 245 ff.

Menzel, Die Kartelle und die Rechtsordnung, 2. Aufl., 1902.

Nipperdey, Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung, Berlin 1929.

Derselbe, Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, Jena 1920.

Derselbe, Wettbewerb und Existenzvernichtung, Berlin 1930.

Philippovich, Grundriß der politischen Ökonomie, 8. Aufl., Tübingen 1918.

Pinner-Elster, Unlauterer Wettbewerb, 1927.

Pinzger, in: Kartellrundschau, 1928, S. 345.

Planck, Zur Auslegung und Anwendung des § 826 BGB., in: Deutsche Juristenzeitung (= DJZ.), 1907, S. 7 ff.

Reinhardt, Unterbieten als Problem des Wettbewerbsrechts und Kartellrechts, in: Markenschutz und Wettbewerb, S. 468 ff.

Rohrscheidt, Vom Zunftzwang zur Gewerbefreiheit, Berlin 1898.

Rosenthal, Kommentar zum UWG., 7. Aufl., 1928.

Derselbe, Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, in: Gruchots Beiträge, Bd. 63, S. 715 ff.

Derselbe: Preisschleudern mit Markenartikeln, in: Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht (= LZ.), 1915, Sp. 1289 ff.

Derselbe, Die Feststellung der Sittenwidrigkeit einer Handlung, in: Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht, 1919, Sp. 515 ff.

Derselbe, Gesetz, Rechtsprechung und Volksbetätigung auf dem Gebiet des Privatrechts, in: Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 122, S. 145 ff. u. 265 ff.

Rümelin, Die Verweisungen des bürgerlichen Rechts auf das Sittengesetz, in: Schwäbische Heimatgabe für Theodor Haering, 1918.

Derselbe, Die Gleichheit vor dem Gesetz, Tübingen 1928.

Derselbe, Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts und seine Begründung, Tübingen 1929.

Salinger, Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, in: Gruchots Beiträgen, Bd. 62, S. 289 ff.

Derselbe, Zum Begriff des Verstoßes gegen die guten Sitten, in: Juristische Wochenschrift 1917, S. 4 ff.

Seelow, Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 1926.

Schulz-Schäffer, Das subjektive Recht im Gebiet der unerlaubten Handlung, 1. Bd., Marburg 1915.

Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928.

Sombart, Geschichte des modernen Kapitalismus, 3. Bd., München und Leipzig 1928.

Stammler, Richtiges Recht, 2. Aufl., 1926.

Derselbe, Artikel: „Recht", im Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Jena 1923.

Steckhahn, Ausverkaufsähnliche Veranstaltungen, 1927.

Tschierschky, in: Kartellrundschau 1930, S. 255 ff.

Weber, Adolf, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, München und Leipzig 1928.

Lebenslauf

Ich, Wolfgang Heintzeler, bin geboren am 24. Oktober 1908 zu Besigheim am Neckar als Sohn des Rechtsanwalts Dr. Oskar Heintzeler und seiner Ehefrau Gertrud, geb. Oelschäger. Im Jahre 1914 zogen meine Eltern nach Stuttgart; dort besuchte ich die Wilhelmrealschule und das Eberhard-Ludwig-Gymnasium; nach der späteren Übersiedlung meiner Eltern nach Reutlingen besuchte ich das dortige humanistische Gymnasium und legte daselbst im Frühjahr 1926 die Reifeprüfung ab. Ich studierte ein Semester Neuphilologie und sieben Semester Rechtswissenschaft an den Universitäten Tübingen, München und Berlin. Im Frühjahr 1930 legte ich in Tübingen die württembergische erste höhere Justizdienstprüfung ab und bin seither als Referendar im württembergischen Justizdienst tätig.